

Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE)

Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht

Wintersemester 2023/2024

Montags 14 bis 18 Uhr (c. t.) in HS D

Dienstags 14 bis 16 Uhr (c. t.) in HS D

Teil I – Allgemeines Verwaltungsrecht

Aktuelle Informationen und Downloads: www.jura.uni-bonn.de/koenig

Fragen zur Organisation: sekretariat.zeia@uni-bonn.de oder unter (0228) 73-1891

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Das Verwaltungsrecht	1
II. Die öffentliche Verwaltung	1
1. Der Begriff der öffentlichen Verwaltung	1
2. Träger der Verwaltung	2
3. Behörden	4
III. Abgrenzung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht	4
1. Subordinationstheorie (Über-/Unterordnungstheorie)	4
2. Modifizierte Subjektstheorie (Sonderrechtslehre)	5
3. Zuordnungsprobleme	5
IV. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	5
1. Vorrang des Gesetzes	5
2. Vorbehalt des Gesetzes	6
B. Der Verwaltungsakt	6
I. Begriff und Bedeutung des Verwaltungsaktes	6
1. Einführung	6
2. Legaldefinition gem. § 35 Satz 1 VwVfG	6
3. Anwendungsbereich des § 35 Satz 1 VwVfG	6
4. Verhältnis zu anderen Handlungsformen	7
5. Prüfung des VA-Begriffs	7
II. Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktes	7
1. Hoheitliche Maßnahme	7
2. Auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts	8
3. Behörde	10
4. Regelung	10
5. Im Einzelfall	11
6. Intendierte Außenwirkung	12
7. Bedeutung der äußeren Form	13
III. Funktionen des Verwaltungsaktes	14
1. Konkretisierungs- bzw. Klarstellungsfunktion	14
2. Verfahrensfunktion	14
3. Titelfunktion	14
4. Verwaltungsprozessuale Funktion	15
IV. Arten von Verwaltungsakten	15
1. Befehlende, gestaltende und feststellende Verwaltungsakte	15

2.	Begünstigende und belastende Verwaltungsakte	15
3.	Vollstreckbare Verwaltungsakte	15
4.	Verwaltungsakte mit Doppelwirkung; Mischverwaltungsakte.....	16
5.	Verwaltungsakte mit Dauerwirkung	16
6.	Ein- oder mehrstufige Verwaltungsakte	16
V.	Wirksamkeitsvoraussetzungen des Verwaltungsaktes	16
1.	Existenz	17
2.	Wirksamkeit	17
3.	Bekanntgabe	18
4.	Bestandskraft	19
VI.	Rechtmäßigkeit	20
1.	Ermächtigungs- bzw. Anspruchsgrundlage	20
2.	Formelle Rechtmäßigkeit.....	21
3.	Materielle Rechtmäßigkeit	24
4.	Der unbestimmte Rechtsbegriff.....	24
5.	Ermessen.....	28
VII.	Nebenbestimmungen zum VA.....	34
1.	Arten	34
2.	Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen.....	34
3.	Rechtmäßigkeitsprüfung im Rahmen der Teilanfechtungsklage.....	36
VIII.	Aufhebung von Verwaltungsakten	37
1.	Allgemeines.....	37
2.	Rechtmäßiger/rechtswidriger Verwaltungsakt.....	38
3.	Belastender/begünstigender Verwaltungsakt	38
4.	Aufhebung gegenüber dem richtigen Adressaten	39
5.	Prüfungsschemata.....	39
6.	Rücknahme von rechtswidrigen Verwaltungsakten.....	43
7.	Widerruf von rechtmäßigen Verwaltungsakten	47
IX.	Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG	51
1.	Anspruch auf Wiederaufgreifen nach § 51 Abs. 1 bis 3 VwVfG	51
2.	Wiederaufgreifen im Ermessen der Behörde nach § 51 Abs. 5 VwVfG i. V. m. §§ 48, 49 VwVfG ..	51
C.	Der öffentlich-rechtliche Vertrag.....	52
I.	Begriff und Bedeutung.....	52
II.	Arten öffentlich-rechtlicher Verträge	53
III.	Abgrenzung zu anderen Handlungsformen.....	53
IV.	Wirksamkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages	54
1.	Zustandekommen des Vertrages.....	54
2.	Schriftform gem. § 57 VwVfG	54
3.	Zustimmungserfordernis.....	55

4.	Inhaltliche Anforderungen.....	55
5.	Keine Nichtigkeit nach § 59 VwVfG	55
6.	Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	57
V.	Vollstreckung der vertraglichen Pflichten.....	57
D.	Grundzüge der Verwaltungsvollstreckung	57
I.	Funktion der Verwaltungsvollstreckung	57
II.	Rechtsgrundlagen der Verwaltungsvollstreckung.....	57
III.	Verfahren der Verwaltungsvollstreckung	58
IV.	Zwangsmittel der Verwaltungsvollstreckung.....	59
V.	Rechtmäßigkeit der Verwaltungsvollstreckung	60
1.	Ermächtigungsgrundlage.....	60
2.	Formelle Rechtmäßigkeit.....	60
3.	Materielle Rechtmäßigkeit	60

A. Einleitung

I. Das Verwaltungsrecht

Das Verwaltungsrecht ist ein Teilgebiet des Öffentlichen Rechts. Die anderen Teilgebiete des Öffentlichen Rechts sind das Staatsrecht, das Europarecht und das Völkerrecht. Das Verwaltungsrecht selbst wird untergliedert in das allgemeine Verwaltungsrecht und das besondere Verwaltungsrecht.

Das **allgemeine Verwaltungsrecht** umfasst diejenigen Vorschriften, die unabhängig von der betroffenen Sachmaterie grundsätzlich für die gesamte Verwaltung maßgebend sind, bspw. die Vorschriften des VwVfG, der VwGO und des VwVG sowie das Staatshaftungsrecht.

Zum **besonderen Verwaltungsrecht** gehören die einzelnen Sachbereiche der öffentlichen Verwaltung, wie z. B. das Baurecht, das Kommunalrecht, das Polizei- und Ordnungsrecht, das Immissionsschutzrecht und das Gewerberecht, welche spezialgesetzlich geregelt sind.

II. Die öffentliche Verwaltung

1. Der Begriff der öffentlichen Verwaltung

Der Begriff der Verwaltung ist sehr vielschichtig. Er wird in vielen Normen erwähnt, ist aber weder legaldefiniert noch hat sich in Rechtsprechung oder Literatur eine einheitliche Definition herausgebildet. Einigkeit besteht aber über einige Kriterien und Merkmale sowie Unterteilungen, die den Begriff der Verwaltung beschreiben und eingrenzen.

Nach dem **Gewaltenteilungsprinzip** des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG wird die Staatsgewalt vom Volke durch besondere Organe der Gesetzgebung (Legislative), der vollziehenden Gewalt (Exekutive) und der Rechtsprechung (Judikative) ausgeübt. Die vollziehende Gewalt setzt sich aus der Regierung (Gubernative) und der Verwaltung (Administrative) zusammen.

Nach heutigem Verständnis wird der Begriff der Verwaltung überwiegend negativ nach der **Subtraktionsmethode**¹ bestimmt. Danach ist Verwaltung die Staatstätigkeit, die weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung ist.

a) Formelle Differenzierungen

Verwaltung im materiellen Sinne erfasst nur die typischen Verwaltungstätigkeiten, wie z. B. den Erlass von VAen. Ausgenommen sind Handlungen der Judikative oder Legislative.

¹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 25.06.2015, Az. 7 C 2.14, RÜ 2015, 733 (735).

Verwaltung im organisatorischen Sinne meint die Gesamtheit der Stellen, die überwiegend Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, also Verwaltungsträger und ihre Organe, z. B. das Land, die Bezirksregierungen, die Gemeinden und die Bürgermeister.

Verwaltung im formellen Sinne knüpft an den Begriff der Verwaltung im organisatorischen Sinne an und erfasst daher alle Tätigkeiten von Verwaltungsorganen, unabhängig davon, ob es sich auch materiell um Verwaltungstätigkeiten handelt.

b) Materielle Differenzierungen

- *Ordnungsverwaltung*: Gefahrenabwehr
- *Leistungsverwaltung*: Erbringung von Leistungen
- *Finanzverwaltung*: Beschaffung der für den Staat erforderlichen Finanzmittel durch die Erhebung von Steuern und anderen Abgaben
- *Fiskalverwaltung*: Beschaffung der für die Wahrnehmung von Verwaltungstätigkeit notwendigen Mittel

2. Träger der Verwaltung

Im deutschen Bundesstaat ist die Verwaltung entweder Bundes- oder Landesverwaltung (bundesstaatliches Zwei-Ebenen-Modell). Auf beiden Ebenen lässt sich je weiter differenzieren in **unmittelbare und mittelbare Bundes- bzw. Landesverwaltung**. Ausgehend von der dogmatischen Vorstellung, dass der Bund und die Länder juristische Personen des Öffentlichen Rechts sind, die durch ihre Organe handeln, ist zu unterscheiden zwischen Verwaltungsstellen, die unmittelbar als Teil dieser juristischen Personen gelten, und solchen, die einer anderen juristischen Person zugerechnet werden und insofern gegenüber dem Bund bzw. dem Land rechtlich verselbständigt sind und deshalb „mittelbar“ der Bundes- bzw. Landesverwaltung angehören. Juristische Personen des Öffentlichen Rechts sind Körperschaften (insbesondere die Gemeinden als Gebietskörperschaften des Öffentlichen Rechts), Anstalten (z. B. die Sparkassen) und Stiftungen.²

Der Staat kann seine öffentlichen Aufgaben durch **private Rechtsträger** (natürliche oder juristische Personen des Privatrechts) wahrnehmen. Diese handeln jedoch nur dann hoheitlich, wenn sie wirksam beliehen worden sind, d. h., wenn ihnen aufgrund formell-gesetzlicher Grundlage durch Hoheitsakt für einen längeren Zeitraum die Befugnis eingeräumt worden ist, bestimmte Verwaltungskompetenzen in eigenem Namen und in eigener Verantwortung unter Inanspruchnahme der öffentlich-rechtlichen Handlungsformen auszuüben. In diesen Fällen spricht man von *Verwaltungsprivatrecht*.

Exkurs zur Abgrenzung Beliehener/Verwaltungshelfer: Beide sind natürliche oder juristische Personen des Privatrechts. Der durch oder aufgrund eines Gesetzes Beliehene nimmt selbständig hoheitliche Verwaltungsaufgaben in den Handlungsformen des Öffentlichen Rechts im eigenen Namen wahr und verfügt über eigene Entscheidungsbefugnisse (Beispiel: TÜV).

² Sehr empfehlenswert dazu *Reimer*, BRJ 01/2018, 10 ff.

Der Verwaltungshelfer hingegen unterstützt eine Behörde durch Hilfstätigkeit im Auftrag und nach Weisung der ihn betrauernden Behörde (Beispiel: Schülerlotse). Ihr Handeln wird dem beauftragenden Verwaltungsträger zugerechnet.

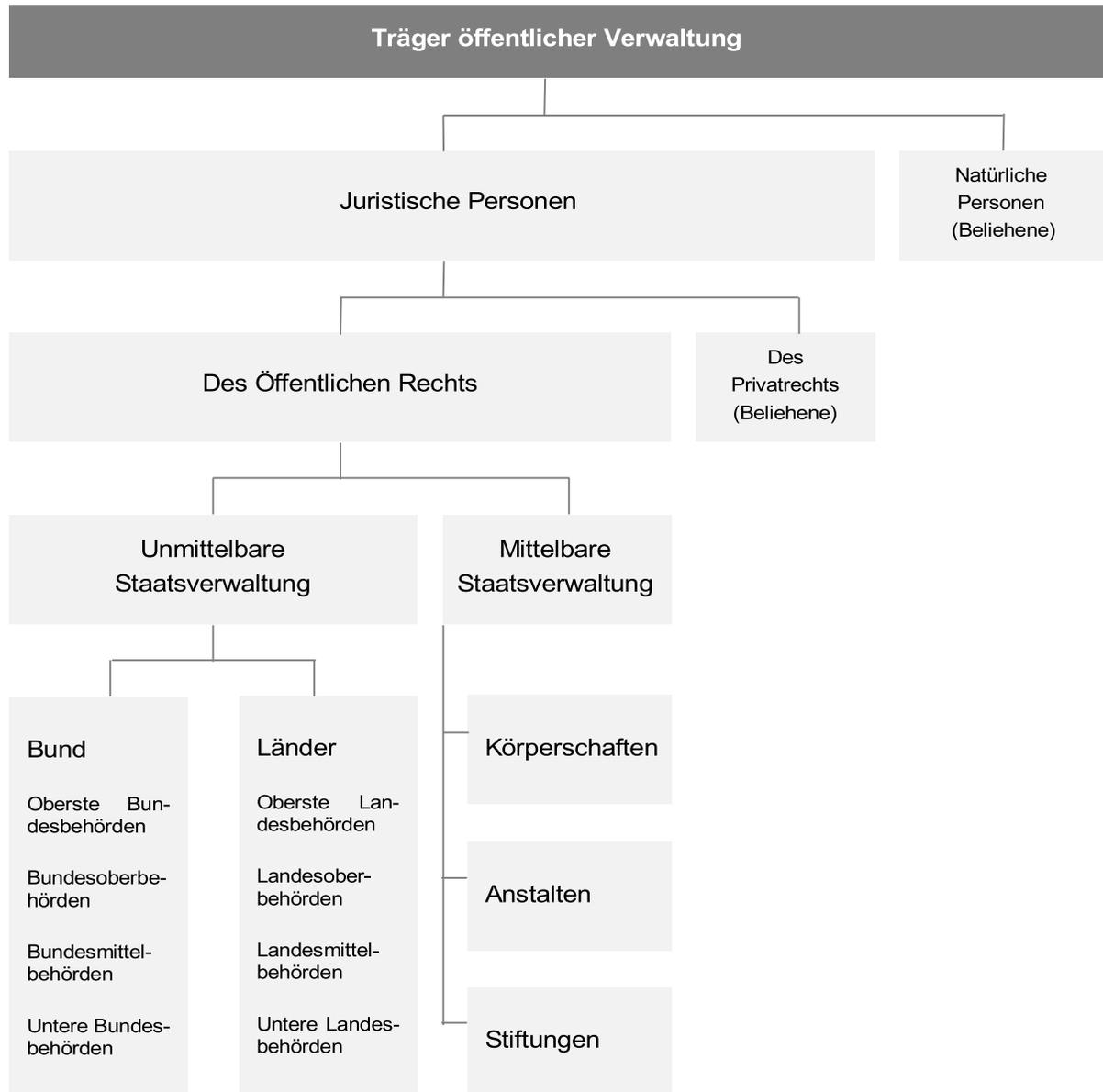


Abbildung in Anlehnung an <https://dewiki.de/Media/Datei:Verwaltungsträger2.png> (zuletzt abgerufen am 13.09.2023).

3. Behörden

Die Behörden sind die Organe der nicht selbst handlungsfähigen Verwaltungsträger. Der Behördenbegriff wird im Verwaltungsrecht mit zwei unterschiedlichen Bedeutungen verwendet:

- *Behörde im materiellen (funktionellen) Sinne* ist „jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt“ (§ 1 Abs. 4 VwVfG bzw. § 1 Abs. 2 VwVfG NRW). Die Funktion der Einrichtung steht hier im Vordergrund.
- *Behörden im formell-organisatorischen Sinne* sind organisatorische Einheiten, durch die juristische Personen des Öffentlichen Rechts Verwaltungsaufgaben erfüllen (z. B. Finanzamt, Bürgermeister, Landrat, Regierungspräsident).

Exkurs: Behörden können auch sonstige Staatorgane sein, die in verwaltender Funktion agieren. So z. B. der Bundespräsident gem. Art. 60 GG bei Ernennung von Beamten oder gem. §§ 19 PartG im Rahmen der staatlichen Parteienfinanzierung³

III. Abgrenzung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht

Eine Norm gehört entweder dem Privatrecht oder dem Öffentlichen Recht an. Das Strafrecht ist Teil des Öffentlichen Rechts.

Das **Privatrecht** regelt die Rechtsbeziehung zwischen zwei gleichgestellten Personen, die aufgrund eines Vertrages oder eines Gesetzes gegenseitige Rechte und Pflichten haben. Das **Öffentliche Recht** hingegen regelt insbesondere spezifisch hoheitliche Befugnisse.

Zur Abgrenzung dieser beiden Rechtsgebiete wurden mehrere Theorien entwickelt.⁴ Relevant ist die Abgrenzung insbesondere im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Klage. Gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten dann eröffnet, wenn eine *öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art* vorliegt.

1. Subordinationstheorie (Über-/Unterordnungstheorie)

Die Subordinationstheorie stellt auf das Verhältnis zwischen den Beteiligten ab. Besteht zwischen diesen ein Über-/Unterordnungsverhältnis, d. h., dass nur einer der Beteiligten mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet ist, ist das Verhältnis öffentlich-rechtlicher Natur. Diese Theorie kann folglich nur angewendet werden, sofern sich der Staat (z. B. in Form einer Behörde) und ein Bürger gegenüberstehen. Sofern die Beziehung der Beteiligten durch Gleichordnung geprägt ist, handelt es sich regelmäßig um eine privatrechtliche Beziehung.

Schwächen hat diese Theorie insbesondere deshalb, weil dem Staat auch privatrechtliches Handeln möglich ist, wobei er trotzdem dem Bürger in einer übergeordneten Position gegenüberstehen kann. Umgekehrt kann auch in einem privatrechtlichen Verhältnis ein Über-/Unterordnungsverhältnis vorliegen (z. B. die Direktionsbefugnis des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer).

³ BVerwG, Beschluss vom 04.02.2003, Az. 6 B 68.02, NJW 2003, 1135.

⁴ Siehe hierzu *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage 2023, § 30 Rn. 1323 ff.

Schließlich können mehrere Hoheitsträger untereinander öffentlich-rechtliche Verträge schließen, ohne dass hierbei ein Über-/Unterordnungsverhältnis vorliegen würde.

2. Modifizierte Subjektstheorie (Sonderrechtslehre)

Nach der modifizierten Subjektstheorie ist eine Streitigkeit oder ein Rechtsverhältnis dann öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden bzw. die dem Rechtsverhältnis zugrundeliegenden Normen solche des Öffentlichen Rechts sind. Dies ist dann der Fall, wenn sie einen Träger öffentlicher Gewalt in seiner spezifischen Funktion als Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten.⁵ Damit fällt z. B. ein Großteil der Tätigkeit der Fiskalverwaltung aus dem Bereich des Öffentlichen Rechts heraus, da bspw. ein Kaufvertrag über Bleistifte gerade nicht den Hoheitsträger als solchen berechtigt und verpflichtet.

Nach dieser Theorie erfolgt die Bestimmung des Rechtsgebiets also schrittweise: Zunächst müssen die streitentscheidenden bzw. die dem Rechtsverhältnis zugrundeliegenden Normen ermittelt werden. Sodann muss festgestellt werden, ob diese Vorschriften im oben genannten Sinne öffentlich-rechtlich sind.

Exkurs: Interessentheorie: Die Interessentheorie beurteilt das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit ebenfalls nach der zugrundeliegenden streitentscheidenden Norm. Normen, die überwiegend dem öffentlichen Interesse dienen, werden dem Öffentlichen Recht zugeordnet; Normen, die dem Individualinteresse dienen, werden dem Privatrecht zugerechnet. Die Anwendung dieser Theorie bereitet jedoch vielfach Schwierigkeiten, da es nicht ausgeschlossen ist, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften auch den Schutz Einzelner bezwecken (z. B. die Vorschriften über den Nachbarschutz im Baurecht).

3. Zuordnungsprobleme

In seltenen Einzelfällen führt keine der Theorien zu einer eindeutigen Abgrenzung. Einige Stimmen stellen hier auf den verfolgten Zweck im Gesamtzusammenhang der in Frage stehenden Tätigkeit ab.⁶

IV. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wird aus dem Rechtsstaatsprinzip der Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 GG abgeleitet: Die vollziehende Gewalt ist „an Gesetz und Recht gebunden“. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung lässt sich unterteilen in den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes und in den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes.⁷

1. Vorrang des Gesetzes

Vorrang des Gesetzes bedeutet, dass die Verwaltung keine Maßnahmen treffen darf, die einem bestehenden Gesetz widersprechen; kurz: **kein Handeln gegen das Gesetz!**

⁵ BVerwG, Beschluss vom 26.05.2010, Az. 6 A 5.09, NVwZ-RR 2010, 682.

⁶ Hierzu ausführlich *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage 2023, § 30, Rn. 1325 ff.

⁷ Hierzu einführend *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage 2023, § 7 Rn. 256 ff.

2. Vorbehalt des Gesetzes

Nach dem Vorbehalt des Gesetzes müssen bestimmte grundlegende Bereiche durch ein formelles Gesetz oder ein hierauf beruhendes materielles Gesetz legitimiert sein, kurz: **kein Handeln ohne Gesetz!**

Zu differenzieren ist jedoch, ob die Verwaltung im Rahmen der Eingriffsverwaltung oder im Rahmen der Leistungsverwaltung tätig wird. Während der Vorbehalt des Gesetzes im Rahmen der Eingriffsverwaltung unstreitig zur Geltung kommt (wegen des Schutzes der Bürger vor staatlichen Eingriffen durch die Grundrechte als Abwehrrechte; zumindest der Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG ist immer eröffnet), wird er im Rahmen der Leistungsverwaltung nur eingeschränkt angewendet: Ausreichend ist hier nach h. M. eine demokratische Legitimation im Sinne einer parlamentarischen Willensäußerung.⁸ Häufig wird dies eine Festsetzung im Haushaltsplan i. V. m. bspw. einer Vergaberichtlinie sein.

B. Der Verwaltungsakt

I. Begriff und Bedeutung des Verwaltungsaktes

1. Einführung

Zur Verwirklichung ihrer Aufgaben stehen der Verwaltung verschiedene Handlungsformen zur Verfügung. Dabei knüpft das Gesetz an die verschiedenen Handlungsformen unterschiedliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen – insbesondere auch bezüglich der Rechtsschutzmöglichkeiten. Die praktisch bedeutsamste öffentlich-rechtliche Handlungsform der Verwaltung ist der VA.⁹

2. Legaldefinition gem. § 35 Satz 1 VwVfG

In § 35 Satz 1 VwVfG wird der VA als „jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist“ legaldefiniert.

3. Anwendungsbereich des § 35 Satz 1 VwVfG

Gemäß § 1 Abs. 1 Hs. 2 VwVfG gilt die Begriffsbestimmung des VA subsidiär (d. h., wenn § 35 Satz 1 VwVfG als *lex generalis* nicht von einer spezielleren Vorschrift verdrängt wird) im Rahmen des Anwendungsbereichs des VwVfG (also insbesondere bei Maßnahmen von Bundesbehörden, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 VwVfG).

Für die Einordnung landesbehördlicher Maßnahmen ist umstritten, ob die VwGO insoweit mit dem

⁸ BVerwG, Urteil vom 21.03.1958, Az. VII C 6.57, BVerwGE 6, 282 (287); ablehnend *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage 2023, § 7 Rn. 290 ff.

⁹ Eine Einführung zum VA findet sich bei *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2011, 34 ff.

Begriff des VA (vgl. §§ 42, 68 ff., 113 VwGO) auf Bundes- oder Landesrecht Bezug nimmt. Da jedoch die jeweiligen §§ 35 Satz 1 des VwVfG und des VwVfG NRW wortlautidentisch sind, ist dieser Streit in NRW nur von akademischer Bedeutung.

4. Verhältnis zu anderen Handlungsformen

Im Zentrum des Verwaltungsverfahrensrechts steht der VA. Andere Handlungsformen der Verwaltung wurden erst im Laufe der Zeit um den Begriff des VA herum entwickelt. Infolge dessen sind die übrigen Arten des Verwaltungshandelns typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass es ihnen an einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 35 Satz 1 VwVfG (s. u.) fehlt.

In der Fallbearbeitung ist daher eine kontradiktorische Abgrenzung vorzunehmen: Handelt die Verwaltung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich? Ist die Maßnahme auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet oder handelt es sich um sog. *schlichtes Verwaltungshandeln*? Kommt ihr Außenwirkung zu oder ist sie *bloßes Verwaltungsinternum*?

5. Prüfung des VA-Begriffs

Eine detaillierte Auseinandersetzung mit den einzelnen Begriffsmerkmalen des VA ist unterdessen nur dort erforderlich, wo der Sachverhalt an der VA-Qualität der Maßnahme zweifeln lässt. An welcher Stelle eines Gutachtens zu prüfen ist, ob eine bestimmte Maßnahme einen VA darstellt, ist von der Aufgabenstellung abhängig.

- Ist die Fallfrage auf die Prüfung der Erfolgsaussichten einer Klage gerichtet, so muss i. R. d. statthafter Klageart der Charakter der Behördenhandlung untersucht werden: Nur, wenn ein VA streitgegenständlich ist, sind die sog. VA-Klagen (Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage) zulässig.
- Geht es dagegen um eine Prüfung ausschließlich der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme, muss deren VA-Qualität schon aus logischen Erwägungen an erster Stelle geprüft werden. Denn je nach Rechtsnatur ergeben sich unterschiedliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die jeweilige Maßnahme.

II. Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktes

Die Definition des § 35 Satz 1 VwVfG lässt sich in sechs konstitutive Tatbestandsmerkmale unterteilen:¹⁰

1. Hoheitliche Maßnahme

Eine **Maßnahme** ist jede – auch konkludente – Willensäußerung. Als Beispiele hierfür werden in § 35 Satz 1 VwVfG exemplarisch die Verfügung und die Entscheidung genannt. Handlungen, denen

¹⁰ Zu den Merkmalen des VA-Begriffs mit Beispielfällen *Kahl*, JURA 2001, 505 ff.

es an jedwedem Erklärungswert fehlt, sind keine Maßnahmen i. S. d. § 35 Satz 1 VwVfG.

Das Merkmal „hoheitlich“ wird dahingehend ausgelegt, dass die Maßnahme *einseitig* von der Verwaltung getroffen wird. Dies ist beispielsweise nicht der Fall bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, §§ 54 ff. VwVfG. Die Abgrenzung fällt vor allem bei mitwirkungsbedürftigen VAen schwer, welche eine Beteiligung des Adressaten am Verwaltungsverfahren erfordern (häufig in Form eines Antrages, z. B. einer Genehmigung). Unterscheidungskriterium ist insofern die Möglichkeit des Bürgers zur inhaltlichen Einflussnahme. Fehlt es hieran, kann der Bürger zwar über das „Ob“, nicht aber über das „Wie“ der Behördenentscheidung bestimmen. Damit ist die Maßnahme hoheitlich und stellt allenfalls einen mitwirkungsbedürftigen VA dar.

2. Auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts

Die Maßnahme muss darüber hinaus öffentlich-rechtlich sein. Insofern finden die allgemeinen Theorien zur Abgrenzung des Öffentlichen Rechts vom Privatrecht Anwendung (s. o. unter A.III.). In der Fallbearbeitung ist dies häufig bereits Gegenstand der Prüfung der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Insofern reicht regelmäßig ein Verweis auf die Ausführungen zur Eröffnung des Rechtswegs aus.

Von § 35 Satz 1 VwVfG nicht erfasst werden privatrechtliche Willenserklärungen der Verwaltung, etwa zum Abschluss eines Kaufvertrags über Büromaterial i. R. d. sog. *fiskalischen Verwaltungshandelns*.

Schwierigkeiten bei der Zuordnung einer Maßnahme entstehen, wenn sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Rechtsgrundlagen in Betracht kommen. Als Ansatzpunkt zur Bestimmung des Rechtsgebiets kann der Zweck der Maßnahme dienen.

Rspr.: Als Beispiel kann die Ausübung des Hausrechts einer öffentlichen Einrichtung dienen, die sich sowohl aus öffentlich-rechtlichen, als auch privatrechtlichen Normen ergeben kann. Während früher zur Differenzierung auf die konkrete Tätigkeit im Sachzusammenhang abgestellt wurde,¹¹ wird die Ausübung des Hausrechts nunmehr generell als öffentlich-rechtlich eingeordnet, da die Sicherung des öffentlich-rechtlichen Nutzungszwecks des Gebäudes im Vordergrund steht.¹²

Der Antragsteller beantragte beim VG einstweiligen Rechtsschutz gegen ein ihm gegenüber ausgesprochenes Hausverbot für ein Jobcenter.

„Die Rechtsnatur des von einem Träger öffentlicher Verwaltung ausgesprochenen und gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Hausverbots bestimmt sich maßgeblich nach dem Zweck der Maßnahme. Liegt dieser wie im Regelfall und so auch hier in der Sicherung der widmungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung einer öffentlichen Einrichtung, ist die Ausübung des Hausrechts und damit die Verhängung eines Hausverbots als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.“¹³

Zwei-Stufen-Theorie: Einzelne Rechtsverhältnisse, insb. im Zusammenhang mit Subventionen und der Benutzung und Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen (Leistungsverwaltung), können

¹¹ OVG NRW, Beschluss vom 08.10.1997, Az. 25 B 2208/97, NJW 1998, 1425.

¹² OVG NRW, Beschluss vom 13.05.2011, Az. 16 E 174/11, NJW 2011, 2379; empfehlenswert dazu der Fall bei *Zilkens*, JuS 2003, 165 ff. und Fall 3 bei *Bretthauer/Collin/Egidy/Spiecker gen. Döhmman*, 40 Klausuren aus dem Verwaltungsrecht, 12. Auflage 2020, S. 64 ff.

¹³ OVG NRW, Beschluss vom 13.05.2011, Az. 16 E 174/11, NJW 2011, 2379.

zweistufig ausgestaltet werden. Die erste Stufe, das „Ob“ der Leistungsgewährung (Grundverhältnis), ist in diesen Fällen öffentlich-rechtlicher Natur. Die zweite Stufe, das „Wie“ (Abwicklungsverhältnis), kann entweder öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet sein (vgl. ausführlicher hierzu das Skript zum Verwaltungsprozessrecht).¹⁴ Diese Theorie darf keinesfalls in jeder Klausurlösung Verwendung finden. Vielmehr darf auf die Theorie nur dann zurückgegriffen werden, wenn eine einheitliche Maßnahme vorliegt und die Zuordnung dieser Maßnahme zum Öffentlichen Recht oder Zivilrecht unklar ist.

Rspr.: Die Beteiligten streiten über die Pflicht der Klägerin zur Verzinsung eines inzwischen zurückgezahlten Darlehens, das ihr als zinsloses Darlehen für die Errichtung einer Tiefgarage in H. gewährt worden war. Unter dem 27.03.1998 beantragte die Klägerin beim Regierungspräsidium H. die Bewilligung eines zinslosen Darlehens von 8 Mio. DM gemäß der Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen des Landes Sachsen-Anhalt zur Förderung einer nachhaltigen Stadtentwicklung. [...] Durch Bescheid vom 09.12.1998 bewilligte das Regierungspräsidium H. für den Bau der Tiefgarage mit mindestens 330 öffentlichen Stellplätzen ein Darlehen mit zinsfreier Gewährung bis zu einer Gesamthöhe von 8 Mio. DM. In dem Bescheid heißt es, die Darlehensgewährung sowie die Rückzahlungsbedingungen würden im Einzelnen in einem Darlehensvertrag geregelt; die Wirksamkeit der Bewilligung sei durch den Abschluss des Darlehensvertrags aufschiebend bedingt. Der Bescheid legte weiter fest, dass für die Auszahlung, die Verwendung und den Nachweis der Zuwendung die Bestimmungen der Förderrichtlinie sowie § 44 der Landeshaushaltsordnung Sachsen-Anhalt (SachsAnhHO) und die hierzu erlassenen Verwaltungsvorschriften nebst Anlagen gälten. Die allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P [Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung], Anlage 2 zu VV Nr. 5.1 zu § 44 SachsAnhHO) seien Bestandteil des Bescheids. Hinsichtlich der Mitteilungspflichten des Zuwendungsempfängers wurde auf Nr. 5 ANBest-P verwiesen. Am 13.01.1999 schlossen das Land, vertreten durch das Regierungspräsidium H., und die Klägerin einen Darlehensvertrag über die Gewährung eines zinslosen Darlehens in Höhe von 8 Mio. DM als Anteilsfinanzierung für die Schaffung einer Quartiersgarage mit 350 Tiefgaragen-Einstellplätzen, davon 330 öffentliche Stellplätze. Das Darlehen war spätestens bis zum 31.12.2003 zurückzuzahlen. Der Darlehensgeber erhielt das Recht zur fristlosen Kündigung, wenn der Bewilligungsbescheid ganz oder teilweise aufgehoben oder aus sonstigen Gründen ganz oder teilweise unwirksam werde. [...] Als Erfüllungsort und Gerichtsstand wurde H. vereinbart. Das Darlehen wurde in zwei Raten am 19.03.1999 und am 25.11.1999 von dem Bekl. ausgezahlt. [...] Mit Schreiben vom 07.12.1999 teilte die Klägerin dem Regierungspräsidium die Veräußerung der Tiefgarage mit. Daraufhin forderte das Regierungspräsidium die Klägerin durch Bescheid vom 01.12.2000 zur Rückzahlung des Darlehens in Höhe von 8 Mio. DM nebst 3% Zinsen über dem Basiszinssatz seit Auszahlung auf und focht zugleich den Darlehensvertrag vom 13.01.1999 wegen arglistiger Täuschung an. Hilfsweise erklärte das Regierungspräsidium die fristlose Kündigung des Darlehensvertrags wegen der eingetretenen Unwirksamkeit des Bewilligungsbescheids. Die Rückforderung war gestützt auf § 49a Abs. 1 SachsAnhVwVfG. Dazu hieß es, der Bewilligungsbescheid sei durch Eintritt einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden. [...]

*„[...] die Hingabe des Darlehens [stellt] einen klassischen Fall der Anwendung der **Zwei-Stufen-Theorie** [dar]. Der Beklagte hat zunächst über das ‚Ob‘ der Gewährung einer Zuwendung in Form eines zinslosen Darlehens durch Verwaltungsakt entschieden. Die konkrete Umsetzung der Darlehensgewährung ist sodann durch einen Darlehensvertrag erfolgt, der die Modalitäten von Auszahlung und Rückzahlung festgelegt hat. Beide Akte sind inhaltlich verknüpft, indem einerseits der Bewilligungsbescheid unter die aufschiebende Bedingung des Zustandekommens eines Darlehensvertrags gestellt worden ist und andererseits dem Darlehensgeber ein fristloses Kündigungsrecht für den Fall der Aufhebung oder sonstigen Unwirksamkeit des Bewilligungsbescheids eingeräumt worden ist.*

Der Darlehensvertrag gehört - anders als der Bewilligungsbescheid - dem privaten Recht an. Das folgt schon aus der Bezeichnung, die auf das entsprechende Rechtsinstitut des BGB verweist. Es kommt hinzu, dass die Beteiligten eine Gerichtsstandsklausel vereinbart haben. Dies ist nach § 38 ZPO in zivilrechtlichen Angelegenheiten möglich, nicht aber nach § 52 VwGO bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten.

¹⁴ Andere wollen das schon bei „hoheitlich“ prüfen: *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage 2023, § 10 Rn. 443.

Der Darlehensvertrag bildet die unmittelbare Grundlage für die Auszahlung des Darlehens. Während sich aus dem Bewilligungsbescheid nur ein Anspruch auf Abschluss des Darlehensvertrags ergibt, folgt der Anspruch auf die Auszahlung der Darlehenssumme allein aus dem Darlehensvertrag. Da die Rückforderung das Gegenstück („actus contrarius“) zur Auszahlung ist, teilt sie deren Rechtscharakter. Sie ist daher ebenfalls dem bürgerlichen Recht zuzuordnen.¹⁵

3. Behörde

Die Maßnahme muss einer Behörde zurechenbar sein. Behörde im funktionellen Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG ist nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 4 VwVfG jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung (unter Einsatz obrigkeitlicher Gewalt) wahrnimmt. Zurechenbarkeit ist gegeben, wenn die Maßnahme rechtlich auf die Behörde zurückzuführen ist.

Rspr.: Nicht zurechenbar sind u. a.: Die nicht genehmigte Aufstellung eines Verkehrsschildes durch private Umzugsunternehmen¹⁶ und die Erstellung eines Kostenbescheides durch private Abschleppunternehmen.¹⁷

Werden Organe der Legislative oder der Judikative verwaltend tätig, also nicht in ihrer spezifischen Funktion als Gesetzgebungs- bzw. Rechtsprechungsorgan, so unterfallen sie nach dem oben Gesagten ebenfalls dem Behördenbegriff des § 1 Abs. 4 VwVfG (z. B. der Bundestagspräsident in Ausübung des Hausrechts nach Art. 40 Abs. 2 Satz 1 GG).¹⁸ Auch Privatpersonen können demnach Behörden sein, wenn ihnen durch Beleihung Hoheitsrechte übertragen wurden (s. o. unter A.II.2.).

4. Regelung

Eine Maßnahme, die zur Regelung i. S. d. § 35 Satz 1 VwVfG ergeht, ist darauf gerichtet, unmittelbar eine Rechtsfolge zu setzen.¹⁹ Dies ist der Fall, wenn Rechte oder Pflichten des Betroffenen begründet, geändert oder aufgehoben werden oder ihr verbindliches (Nicht-) Bestehen festgestellt wird. Entscheidend ist, dass die Regelungswirkung von der Behörde bezweckt ist (Finalität der Regelung). Die bloß zufällige oder mittelbare Setzung einer Rechtsfolge ist für dieses Merkmal gerade nicht ausreichend.

Unter diesem Gesichtspunkt stellt auch die verbindliche Ablehnung eines Antrags auf Erlass eines VA, der sog. **Versagungsakt**, einen VA dar.

Exkurs: Dies ergibt sich nicht aus der sog. *Actus-contrarius*-Theorie, wonach der Gegenakt (*actus contrarius*) die Rechtsnatur des Ausgangsakts (*actus primus*) teilt. Kehrseite des Erlasses eines VA ist nämlich nicht die Versagung, sondern die Aufhebung des VA.

Anhand des Begriffsmerkmals der (verbindlichen) Regelung lässt sich der VA vom **schlichten Verwaltungshandeln** mit lediglich tatsächlichen Auswirkungen abgrenzen. Hierunter werden alle Maßnahmen der Verwaltung verstanden, denen jedweder – auch ein konkludenter – Regelungscharakter fehlt. Das sind zum einen **Realakte**, also Handlungen, die einen tatsächlichen, aber keinen rechtlichen Erfolg herbeiführen (z. B. der Schuss eines Polizisten auf den Bankräuber) und zum

¹⁵ BVerwG, Urteil vom 08.09.2005, Az. 3 C 50/04, NJW 2006, 536 (537) Rn. 23-25.

¹⁶ VGH BW, Urteil vom 16.12.2009, Az. 1 S 3263/08, DÖV 2010, 410.

¹⁷ OVG NRW, Urteil vom 17.12.2020, Az. 5 A 2300/19, NZV 2022, 190.

¹⁸ VG Berlin, Urteil vom 18.06.2001, Az. 27 A 344/00, NJW 2002, 1063.

¹⁹ BVerwG, Urteil vom 21.06.2017, Az. 6 C 3/16, NVwZ 2017, 1786 (1787).

anderen bloße (Wissens-) **Erklärungen ohne Rechtswirkung** (z. B. ein Hinweis zur Produktwarnung).

Exkurs: Die Annahme einer konkludenten Regelung bei schlichtem Verwaltungshandeln wurde vor Inkrafttreten der VwGO immer wieder von der Rechtsprechung vertreten, um angemessenen Rechtsschutz sicherzustellen. Vor Inkrafttreten der VwGO war solcher nämlich nur gegen VAe möglich. Mit der allgemeinen Leistungsklage und der Feststellungsklage ist heute jedoch auch gegen schlichtes Verwaltungshandeln Rechtsschutz gegeben.

Soll mit der Maßnahme lediglich der Inhalt eines bereits erlassenen VA nochmals aufgezeigt werden (**wiederholende Verfügung**), ist damit keine Regelungswirkung verbunden. Dagegen stellt der sog. **Zweitbescheid**, mit dem z. B. die Wirkdauer des VA verlängert wird oder mit dem das Widerspruchsverfahren abgeschlossen wird, eine erneute Sachentscheidung dar, da eine *erneute Prüfung der Sachlage* stattfindet. Der Zweitbescheid ist daher ein VA.

Weiterhin dient das Kriterium der Regelung zur Abgrenzung des VA von den vorbereitenden Maßnahmen (beachte insofern auch § 44a VwGO) oder von Teilakten ohne abschließende Regelungswirkung.

5. Im Einzelfall

Der VA i. S. d. § 35 Satz 1 VwVfG ist als Einzelfallregelung grundsätzlich konkret-individuell, d. h. auf einen nach Ort, Zeit und sonstigen Umständen bestimmten Sachverhalt bezogen (konkret) und an eine oder mehrere, zumindest bestimmbare Personen (individuell) gerichtet.

Als solcher ist der VA zu unterscheiden von abstrakt-generellen Regelungen (materiellen Rechtsnormen). Grundlage dieser Differenzierung bildet die Bestimmtheit in Bezug auf den Kreis der betroffenen Personen sowie die Zahl der erfassten Sachverhalte.

Ein VA liegt auch bei **abstrakt-individuellen** Regelungen vor, da es sich hierbei auch um die Regelung eines Einzelfalls gem. § 35 Satz 1 VwVfG handelt.²⁰

Die in § 35 Satz 2 VwVfG legaldefinierte konkret-generelle **Allgemeinverfügung** stellt ebenfalls eine Einzelfallregelung dar. Selbstverständlich setzt auch die Allgemeinverfügung voraus, dass die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 35 Satz 1 VwVfG vorliegen.

Das Gesetz nennt in § 35 Satz 2 VwVfG drei Varianten von Allgemeinverfügungen:

- Die *personenbezogene* Verfügung ist an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis gerichtet (z. B. der Platzverweis für gewisse Personen aus dem Drogenmilieu).
- Die *sachbezogene* Verfügung regelt die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache (z. B. die Genehmigung nach § 144 Abs. 3 BauGB).

²⁰ Beispiele bei *Heyle*, NVwZ 2008, 390 (390); ablehnend: von *Alemann/Scheffczyk*, in: BeckOK VwVfG, 59. Edition 2023, § 35 Rn. 194.

- Die *benutzungsbezogene* Verfügung betrifft die Benutzung einer Sache durch die Allgemeinheit (z. B. das Verkehrsschild).

	Konkret	Abstrakt
Individuell	VA § 35 Satz 1 VwVfG	VA § 35 Satz 1 VwVfG
Generell	AV § 35 Satz 2 VwVfG	Materielle Rechtsnormen

6. Intendierte Außenwirkung

Die Regelung muss auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet sein. Die Außenwirkung darf nicht bloß eine mittelbare oder zufällige Konsequenz der Regelung sein. Unerheblich ist indes, ob die Außenwirkung tatsächlich eintritt.

Die Außenwirkung ist zu bejahen, wenn durch die Regelung ein Rechtssubjekt als Träger eigener Rechte unmittelbar betroffen ist. Anhand der Außenwirkung soll der VA von inneradministrativen (verwaltungsinternen) Akten abgegrenzt werden. Maßgeblich hierfür ist die Unterscheidung, ob der Betroffene als Teil der Verwaltung oder als Träger eigener Rechte angesprochen wird.

Rspr.: In einer Gemeinde ist der Rat das interne Organ der Willensbildung, der Bürgermeister ist die Behörde im Außenverhältnis. Etwas anderes ergibt sich z. B. bei der Umbenennung einer Straße: Hier hat bereits die Entscheidung des Rates Außenwirkung.²¹

a) Sonderstatusverhältnisse

Problemfälle ergeben sich diesbezüglich häufig i. R. v. **Sonderstatusverhältnissen**, bei denen eine besondere Rechts- und Pflichtenbeziehung zwischen Bürger und Staat existiert.

Hierunter fallen etwa Strafgefangene, Schüler, Studierende sowie insbesondere Beamte. In dieser Beziehung wird regelmäßig zwischen Maßnahmen im Grundverhältnis (Außenverhältnis) und Maßnahmen im Betriebsverhältnis (Innenverhältnis) unterschieden.²²

Wird beispielsweise einem Beamten innerhalb derselben Behörde ein neuer Aufgabenbereich zugewiesen (Umsetzung), so ist nur die innerbetriebliche Organisation der Einrichtung betroffen. Es handelt sich daher um ein bloßes Verwaltungsinternum. Die Versetzung eines Beamten in eine

²¹ OVG NRW, Beschluss vom 15.01.1987, Az. 15 A 563/84, NJW 1987, 2695 (2695).

²² Ausführlich gegen diese Abgrenzung: *Ehlers/Pünder*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, § 21 Rn. 46.

andere Behörde oder in den Ruhestand betrifft diesen dagegen in seiner persönlichen Rechtssphäre und nicht nur in seiner Funktion als Amtswalter. Es handelt sich dann um eine Regelung mit Außenwirkung.

b) Mehrstufige VAe

Außerdem problematisch sind **mehrstufige VAe**, die sich dadurch kennzeichnen, dass das Gesetz bestimmt, ein VA dürfe nur „mit Zustimmung“ oder „im Einvernehmen“ mit einer anderen Behörde ergehen, bspw. § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB. Hier hat die Mitwirkung anderer Behörden beim Erlass des VA in aller Regel nur verwaltungsinterne Bedeutung, es sei denn, die Mitwirkungsbehörde muss bestimmte Einzelfragen selbstständig und abschließend prüfen (sog. **inkongruente Prüfungskompetenz**).

7. Bedeutung der äußeren Form

Das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 35 VwVfG bestimmt sich nach dem objektiven Erklärungsgehalt der behördlichen Maßnahme. Entscheidend für die VA-Qualität und auch den Regelungsgehalt der Maßnahme ist demnach ihre Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont entsprechend §§ 133, 157 BGB. Anhaltspunkte hierfür sind neben der äußeren Form auch Inhalt, Umstände und Begründung der Behördenentscheidung sowie Rechtsbehelfsbelehrungen etc. Hingegen kommt es auf die Intention der erlassenden Behörde nicht an.

Fehlt es nach dieser Betrachtungsweise an einer oder mehreren Voraussetzungen der Legaldefinition des § 35 VwVfG, so liegt nach h. M. dennoch ein sog. **formeller VA** vor, wenn sich aus der äußeren Form der Maßnahme eindeutig auf den Willen der Behörde, einen VA zu erlassen, schließen lässt (z. B. bei der Bezeichnung der Maßnahme als Bescheid, Anordnung oder Verfügung). In diesem Fall ist der materielle Gehalt der Maßnahme im Rahmen der Statthaftigkeit der Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage *nicht* zu prüfen und ist erst wieder im Rahmen der Begründetheit von Bedeutung.

Rspr.: Beispiele: Qualifizierung einer Rechnung als VA, da ein Widerspruchsbescheid erlassen wurde²³; das behördeninterne Verbot einer „deutlich über den Hemdkragen reichenden Haarlänge“ bei Polizisten, welches durch einen Widerspruchsbescheid VA-Qualität erlangte.²⁴

Exkurs: Nach anderer Auffassung könne die Form allenfalls als Indiz für das tatsächlich Gewollte dienen und nicht *per se* die VA-Qualität begründen.²⁵ Die Abgrenzung habe stets nach materiellen Gesichtspunkten zu erfolgen. Gegen diese Ansicht lässt sich jedoch einwenden, dass der Bürger dadurch im Vergleich zur rechtskundigen Behörde einem unverhältnismäßig höheren Rechtsschutzrisiko ausgesetzt wird. Da es allein im Handlungsbereich der Behörde liegt, ob überhaupt ein

²³ BVerwG, Urteil vom 26.06.1987, Az. 8 C 21/86, NVwZ 1988, 51 (52).

²⁴ OVG Koblenz, Beschluss vom 22.09.2003, Az. 2 B 11357/03, NJW 2003, 3793 (3794).

²⁵ *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2011, 34 (36); anders die h. M., BVerwG, Urteil vom 01.10.1963, Az. IV C 9.63, BVerwGE 18, 1; eine dritte Ansicht differenziert zwischen dem materiell- und prozessrechtlichen VA-Begriff, so z. B. *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG*, 10. Auflage 2023, § 35 Rn. 16 ff.

VA ergeht, soll sie auch das Risiko einer Fehlentscheidung prozessual verantworten.

Abgrenzung: Ein Scheinverwaltungsakt (oder Nichtakt) ist nach überwiegendem Begriffsverständnis ein rechtlich nicht existent gewordener Bescheid. Er ist weder der Bestandskraft zugänglich noch mögliche Grundlage der Verwaltungsvollstreckung.²⁶

Die Frage, wie die Behörde hätte handeln müssen, also ob der formelle VA seinem Inhalt nach z. B. in Form einer privatrechtlichen Willenserklärung rechtmäßig gewesen wäre, ist keine Frage der Rechtsnatur der Maßnahme, sondern der Rechtmäßigkeit.

III. Funktionen des Verwaltungsaktes

Die Funktionen des VA lassen sich an vier Begriffen festmachen:²⁷

1. Konkretisierungs- bzw. Klarstellungsfunktion

Durch einen VA kann bindend festgestellt werden, dass eine bestimmte generell-abstrakte Regelung auf einen konkreten Einzelfall (nicht) anwendbar ist.²⁸ Solch ein feststellender VA dient dazu, die gesetzlichen Rechte und Pflichten des Bürgers im Einzelfall deklaratorisch festzuhalten.

Entscheidend für das Bestehen einer Pflicht bzw. eines Rechts ist in diesem Fall die abstrakt-generelle Gesetzesnorm.

Die erlassende Behörde bindet dabei nicht nur den Adressaten, sondern auch sich selbst: Eine Aufhebung des VA kommt nur unter den Voraussetzungen der §§ 48, 49 und 51 VwVfG in Betracht. Andere Behörden und Verwaltungsträger haben ihren Entscheidungen die Regelungen des VA zugrunde zu legen (sog. *Tatbestandswirkung*). Mithin wirkt der VA durch seine Verbindlichkeit stabilisierend und erzeugt Rechtssicherheit.

2. Verfahrensfunktion

Dem VA kommt neben der materiell-rechtlichen auch eine verfahrensrechtliche Bedeutung zu, indem er gem. § 9 VwVfG das Verwaltungsverfahren formell abschließt. Strebt die Behörde den Erlass eines VA an, so ist sie an die Einhaltung der Verfahrensvorschriften der §§ 9 ff. VwVfG gebunden (z. B. Anhörungspflicht gem. § 28 VwVfG, Formerfordernisse gem. § 37 Abs. 2 bis 5 VwVfG, Begründungspflicht gem. § 39 VwVfG).

3. Titelfunktion

Der VA ist Vollstreckungstitel (allerdings nur soweit ein vollstreckbarer Inhalt gegeben ist), § 6 Abs. 1 VwVG. Die Bestätigung durch ein Gerichtsurteil ist nicht erforderlich. Mit dem VA hat die

²⁶ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG*, 10. Auflage 2023, § 35 Rn. 30 ff.; ausführlich: *Blunk/Schroeder*, JuS 2005, 602.

²⁷ In aller Kürze hierzu *Fehling*, JA 1997, 482 m. w. N.

²⁸ BVerwG, Urteil vom 29.04.1988, Az. 9 C 54/87, NVwZ 1988, 941.

Behörde daher ein Mittel zur zwangsweisen Rechtsdurchsetzung.

4. Verwaltungsprozessuale Funktion

Die Qualität einer Maßnahme als VA ist für die Art des i. R. d. VwGO gewährten Rechtsschutzes ausschlaggebend. Für Klagen, die gegen einen VA oder auf den Erlass eines VA gerichtet sind, sind jeweils eigene Klagearten statthaft. Hieraus ergeben sich Konsequenzen für die Sachentscheidungsvoraussetzungen (z. B. die Fristenregelung des § 74 VwGO) und weitere Besonderheiten (z. B. der Suspensiveffekt i. R. d. vorläufigen Rechtsschutzes, also die aufschiebende Wirkung der gegen den VA erhobenen Rechtsbehelfe, § 80 Abs. 1 VwGO).²⁹

IV. Arten von Verwaltungsakten

Die möglichen Regelungsinhalte eines VA sind vielfältig. Eine grobe Einteilung kann nach folgenden Kategorien vorgenommen werden:

1. Befehlende, gestaltende und feststellende Verwaltungsakte

Während der befehlende VA dem Bürger ein bestimmtes Verhalten vorschreibt (z. B. ein polizeilicher Platzverweis), wird mit dem rechtsgestaltenden VA ein konkretes Rechtsverhältnis begründet, geändert, aufgehoben oder beendet (so bei der Beamtenernennung).

Durch den feststellenden VA³⁰ wird ein Recht oder eine rechtlich erhebliche Eigenschaft einer Person oder einer Sache festgestellt (z. B. die Feststellung der Staatsbürgerschaft). Hiervon zu unterscheiden ist der bloße Hinweis auf die geltende Rechtslage. Dieser ist nicht dazu bestimmt, eine Rechtsfolge zu setzen, sondern ist eine bloße Wissenserklärung.

Rspr.: Ein bloßer Hinweis auf die geltende Rechtslage ist bspw. die Mitteilung über den Punktestand im Fahreignungsregister.³¹

2. Begünstigende und belastende Verwaltungsakte

Der begünstigende VA ist in § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG legaldefiniert. Hierunter fallen demnach VAe, die ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründen bzw. bestätigen. Alle übrigen VAe (für die § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG gilt) sind für den Betroffenen nachteilig und daher belastend. Das sind insbesondere VAe, die Pflichten begründen, Rechte entziehen oder die Begründung eines Rechts versagen (z. B. Ablehnung einer Baugenehmigung).

3. Vollstreckbare Verwaltungsakte

Vollstreckbar sind nur VAe, die dem Betroffenen Verhaltenspflichten auferlegen (*befehlender VA*: Handeln, Dulden oder Unterlassen). Ein vollstreckungsfähiger Inhalt fehlt etwa bei gestaltenden

²⁹ Vgl. hierzu das Skript zum Verwaltungsprozessrecht.

³⁰ Vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 05.11.2009, Az. 4 C 3.09, NVwZ 2010, 133.

³¹ BVerwG, Beschluss vom 15.12.2006, Az. 3 B 49/06, NJW 2007, 1299 (1300).

oder feststellenden VAen; diese sind lediglich hinsichtlich ihrer Kosten vollstreckbar.

Exkurs: Die Verhaltenspflichten müssen sich aus dem Tenor der Entscheidung selbst ergeben. Die Begründung kann nur zur Bestimmung des Bindungsumfangs herangezogen werden.

4. Verwaltungsakte mit Doppelwirkung; Mischverwaltungsakte

Von einem VA *mit Doppelwirkung* (auch *Drittwirkung*) wird gesprochen, wenn dieser gleichzeitig eine Person begünstigt und eine andere Person belastet. Trifft die belastende und begünstigende Wirkung dieselbe Person, handelt es sich um einen sog. *Mischverwaltungsakt*.

5. Verwaltungsakte mit Dauerwirkung

Durch einen VA mit Dauerwirkung wird keine zeitpunktbezogene, sondern eine zeitraumbezogene Regelung erlassen, deren Rechtsfolgen während einer gewissen Zeitspanne gelten (z. B. das Aufstellen eines Verkehrszeichens oder die Festsetzung einer laufenden Geldleistung).

6. Ein- oder mehrstufige Verwaltungsakte

Manche Verwaltungsakte benötigen zum Erlass die Mitwirkung weiterer Behörden (u. A. Baugenehmigung mit Einvernehmen der Gemeinde gem. § 36 BauGB).³² Streitig ist, wie der Mitwirkungsakt anzusehen ist.³³ Eine Meinung will den Mitwirkungsakt als eigenständigen VA betrachten, wenn die Mitwirkungsbehörde bestimmte Aspekte eigenständig und selbstständig prüft (sog. *inkongruente Prüfungskompetenz*). Wird die Mitwirkung verweigert, kann dann selbstständig gegen die Mitwirkungsbehörde Verpflichtungsklage erhoben werden.

Prüft die Mitwirkungsbehörde allerdings dieselben Aspekte wie die Entscheidungsbehörde (sog. *kongruente Prüfungskompetenz*), soll kein eigenständiger VA vorliegen. Somit kann nur Klage gegen die Entscheidungsbehörde erhoben werden. Das Urteil kann dann den Mitwirkungsakt ersetzen.

V. Wirksamkeitsvoraussetzungen des Verwaltungsaktes

Entscheidend für die Rechtswirksamkeit eines VA ist gem. § 43 Abs. 1 VwVfG allein seine Bekanntgabe gegenüber dem Betroffenen. Ab diesem Zeitpunkt ist der VA sowohl für den Betroffenen als auch für die Behörde verbindlich. Auf die (formelle oder materielle) Rechtswidrigkeit des VA kommt es dagegen grundsätzlich *nicht* an. Die Begriffe der Wirksamkeit und der Rechtmäßigkeit sind daher streng auseinanderzuhalten. Ausnahmsweise kann ein rechtswidriger VA jedoch nichtig und damit unwirksam sein, wenn die Voraussetzungen des § 44 Abs. 1, 2 VwVfG vorliegen.

³² BVerwG, Urteil vom 25.10.1967, Az. IV C 129/65, NJW 1968, 905.

³³ Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage 2023, § 10 Rn. 507 ff.

1. Existenz

Die Existenz eines VA beginnt mit seiner wirksamen Bekanntgabe nach § 41 VwVfG an zumindest (irgend-) einen Betroffenen. Erst ab diesem Moment kann der VA – auch von Beteiligten, gegenüber denen der VA (noch) nicht bekannt gegeben wurde – angefochten werden (streitig).³⁴ Vor Bekanntgabe, bei unwirksamer oder der Behörde nicht zurechenbarer Bekanntgabe handelt es sich um einen sog. *Nicht-VA*, der ein *rechtliches Nullum* darstellt. Auch nichtige und rechtswidrige VAe sind existent.

2. Wirksamkeit

Die Existenz ist zu trennen von der Wirksamkeit des VA, welche in § 43 VwVfG geregelt ist. Wirksam wird ein VA gem. § 43 Abs. 1 VwVfG mit der Bekanntgabe und mit dem Inhalt, mit dem er bekanntgegeben wird. Der VA löst mit der Bekanntgabe die Rechtsfolge aus, auf die er gerichtet ist.

Rspr.: Auch ein rechtswidriger VA ist wirksam. So muss ein Ver- oder Gebot eines Verkehrszeichens auch befolgt werden, wenn die straßenverkehrsbehördliche Anordnung (§ 45 StVO) rechtswidrig ist.³⁵

Bei der Wirksamkeit muss wiederum zwischen der äußeren und der inneren Wirksamkeit unterschieden werden:

a) Äußere Wirksamkeit

Äußerlich wirksam wird ein VA gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG nur für den Betroffenen, dem gegenüber der VA individuell bekannt gegeben wurde. Ein VA kann daher gegenüber mehreren Beteiligten zu unterschiedlichen Zeitpunkten wirksam werden. Mit der äußeren Wirksamkeit wird der Betroffene – wie auch die erlassende Behörde – an die im VA getroffene Regelung gebunden und die Rechtsbehelfsfristen beginnen zu laufen.

b) Innere Wirksamkeit

Den Eintritt der materiell-rechtlichen Rechtsfolgen eines VA bezeichnet man dagegen als innere Wirksamkeit. Die innere Wirksamkeit ist durch die äußere Wirksamkeit des VA bedingt und wird regelmäßig – aber nicht notwendig – zeitgleich mit der äußeren Wirksamkeit, also dem Zeitpunkt der Bekanntgabe eintreten, wenn der VA nicht nichtig ist.

c) Ende der Wirksamkeit

Die Wirksamkeit eines VA endet gem. § 43 Abs. 2 VwVfG mit seiner Erledigung; Abs. 2 enthält hierfür eine nicht abschließende, beispielhafte Aufzählung an Erledigungsgründen.

³⁴ So BVerwG, Urteil vom 21.11.1986, Az. 8 C 127/84, NJW 1987, 1660, wonach zuvor nur eine Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO zulässig sein könne (a. A. *Tiedemann*, in: BeckOK VwVfG, § 41 Rn. 61: § 43 Abs. 1 Alt. 2 VwGO); zum Scheinverwaltungsakt: *Blunk/Schroeder*, JuS 2005, 602.

³⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 27.05.2014, Az. 5 RBs 13/14, BeckRS 2014, 13068.

3. Bekanntgabe

Die Bekanntgabe ist in § 41 VwVfG geregelt. Gemäß § 41 Abs. 1 VwVfG trifft die Behörde die Pflicht zur individuellen Bekanntgabe eines VA gegenüber allen in Abs. 1 aufgeführten Beteiligten i. S. d. § 13 VwVfG. Die Abs. 2 bis 5 regeln die Art und Weise und den Zeitpunkt der Bekanntgabe.

a) Begriff der Bekanntgabe

Eine Definition der Bekanntgabe enthält § 41 VwVfG nicht. Aus der Systematik des VwVfG ergibt sich jedoch, dass unter der Bekanntgabe die wissentliche und willentliche Eröffnung des VA durch die zuständige Behörde in amtlicher Eigenschaft zu verstehen ist.

Eröffnung ist die Mitteilung über das Ergehen des VA sowie über dessen Inhalt. Voraussetzung der Bekanntgabe ist von daher vor allem das willentliche In-den-Verkehr-Bringen des VA durch die Erlassbehörde, § 130 BGB analog. Zudem muss der VA derart in den Machtbereich des Adressaten gelangen, dass für diesen die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht. Eine rein zufällige Kenntniserlangung (etwa durch Dritte) reicht nicht aus, vielmehr muss diese gerade von der Behörde veranlasst worden sein. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, fehlt es an einer Bekanntgabe.

Werden hingegen Formvorschriften bzgl. der Bekanntgabe verletzt, ist der VA zwar (formell) rechtswidrig, aber dennoch bekannt gegeben und somit rechtlich existent bzw. wirksam.

b) Formen der Bekanntgabe

Grundsätzlich gilt für die Bekanntgabe wie auch für den VA Formfreiheit, d. h. die Form der Bekanntgabe liegt im Ermessen der erlassenden Behörde. Die h. M. nimmt dabei an, dass die Form der Bekanntgabe von der für den VA vorgeschriebenen Form beeinflusst wird.³⁶ Demnach sind insbesondere die Formerfordernisse des § 37 Abs. 2 bis 5 VwVfG zu beachten. Mitunter ist spezialgesetzlich eine bestimmte Form der Bekanntgabe – i. d. R. die Zustellung nach § 41 Abs. 5 VwVfG i. V. m. dem VwZG (bzw. dem LZG NRW) – vorgeschrieben. Gem. § 41 Abs. 3, 4 VwVfG kommt ausnahmsweise auch eine öffentliche Bekanntgabe des VA in Betracht.

Gem. § 3a Abs. 1 Satz 1 VwVfG NRW ist auch die Übermittlung elektronischer Dokumente zulässig, soweit der Empfänger hierfür einen Zugang eröffnet. Von einer Zugangseröffnung ist nach der Verkehrsauffassung grundsätzlich nicht schon dann auszugehen, wenn ein privater Empfänger über einen E-Mail-Account verfügt und die E-Mail-Adresse der Behörde bekannt ist. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass der private Empfänger der Behörde die E-Mail-Adresse gezielt in dem betreffenden Verfahren mitgeteilt hat und dass bereits in der Vergangenheit in diesem Verfahren zwischen der Behörde und dem Bürger auf diesem Weg korrespondiert wurde.³⁷

³⁶ Wolff/Decker, VwGO/VwVfG, 4. Auflage 2023, § 41 VwVfG Rn. 9, der als Beispiel einer fehlenden Bekanntgabe das bloße Vorlesen einer schriftlich zu erteilenden Baugenehmigung per Telefon nennt; Siehe auch BVerwG, Urteil vom 24.01.1992, Az. 7 C 38/90, NVwZ 1992, 565 (566), wonach es für die Bekanntgabe ausreicht, dass die Behörde dem Adressaten vom Inhalt des VA Kenntnis verschafft.

³⁷ OVG Münster, Beschluss vom 13.11.2014, Az. 2 B 1111/14, NVwZ-RR 2015, 172.

Rspr.: Verkehrszeichen qualifiziert die inzwischen st. Rspr. als Allgemeinverfügung gem. § 35 Satz 2 VwVfG. Eine Bekanntgabe in Form einer öffentlichen Bekanntmachung (gem. §§ 39 Abs. 1, 45 Abs. 4 StVO als *leges speciales*) liegt bereits im Aufstellen des Verkehrszeichens, wenn für einen durchschnittlichen Verkehrsteilnehmer die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht (sog. *Sichtbarkeitsrechtsprechung*³⁸). Die verwaltungsprozessuale Frist des § 58 Abs. 2 VwGO beginnt gleichwohl erst mit dem erstmaligen Passieren des Verkehrszeichens.³⁹

Die Klägerin stellte ihren Pkw nach eigenen Angaben am 19.08.2013 auf einer öffentlichen Straße in Düsseldorf vor dem Nachbarhaus ihrer Wohnung ab und flog anschließend in den Urlaub. Am Vormittag des 20.08.2013 stellten Mitarbeiter eines privaten Umzugsunternehmens – auf der Grundlage einer straßenverkehrsrechtlichen Ausnahmegenehmigung der beklagten Stadt vom 15.08.2013 – in dem betreffenden Straßenabschnitt zur Vorbereitung eines Umzugs zwei mobile Haltverbotschilder für den Zeitraum vom 23. bis zum 24.08., jeweils von 7–18 Uhr, auf. Das Fahrzeug der Klägerin war zu diesem Zeitpunkt bereits im Bereich der eingerichteten Haltverbotszone geparkt. Am 23.08.2013 um 13.43 Uhr veranlasste ein Mitarbeiter der beklagten Stadt, nachdem er mehrfach erfolglos an der Wohnung der Klägerin geklingelt hatte, dass das Fahrzeug von einem Abschleppunternehmen auf dessen Betriebshof geschleppt wurde. Dort holte es die Klägerin am 05.09.2013 gegen Zahlung von 176,98 Euro für Abschlepp- und Verwahrungskosten ab. Mit Bescheid vom 07.10.2013 setzte die Beklagte eine Verwaltungsgebühr i. H. v. 62 Euro fest.

„Die Bekanntgabe erfolgt nach den bundesrechtlichen Vorschriften der StVO durch Aufstellung des Verkehrszeichens (vgl. §§ 39 Abs. 1, 45 Abs. 4 StVO); dies ist eine besondere Form der öffentlichen Bekanntgabe. Sind Verkehrszeichen so aufgestellt oder angebracht, dass sie ein durchschnittlicher Kraftfahrer bei Einhaltung der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt schon `mit einem raschen und beiläufigen Blick` erfassen kann, so äußern sie ihre Rechtswirkung gegenüber jedem von der Regelung betroffenen Verkehrsteilnehmer, gleichgültig, ob er das Verkehrszeichen tatsächlich wahrnimmt oder nicht. Sie entfalten ihre Rechtswirkungen für den Halter deshalb auch dann, wenn die Verkehrsregelung in dem Zeitpunkt noch nicht bestand, als das Fahrzeug abgestellt. Bei Verkehrszeichen, die den ruhenden Verkehr regeln, gehört zu der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt des Fahrers eine einfache Umschau nach dem Verlassen seines Fahrzeugs.“⁴⁰

c) Zeitpunkt der Bekanntgabe

Zum Zweck einer eindeutigen Fristenberechnung (§ 57 Abs. 2 VwGO i. V. m. § 222 Abs. 1 ZPO i. V. m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB, Ereignisfrist) enthält § 41 Abs. 2 Satz 1 VwVfG eine Zugangsfiktion, wonach ein schriftlicher VA drei Tage nach seiner Aufgabe zur Post als bekannt gegeben gilt, und zwar selbst dann, wenn der VA bereits vorher beim Adressaten eingeht. Der dritte Tag ist auch dann maßgeblich, wenn er auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt. Diese Fiktion ist zugunsten des Bürgers widerlegbar, falls der VA tatsächlich nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist.⁴¹

4. Bestandskraft

a) Formelle Bestandskraft

Kann der VA mit regulären Rechtsbehelfen nicht mehr angegriffen werden, ist er also unanfechtbar geworden (z. B. durch Fristablauf gem. § 74 VwGO), so ist er in formeller Bestandskraft erwachsen. Ein solchermaßen bestandskräftiger VA muss befolgt werden, selbst wenn er rechtswidrig ist. Auf diese Weise vermittelt die formelle Bestandskraft Rechtssicherheit und kann insofern mit der materiellen Rechtskraft eines Gerichtsurteils verglichen werden.

³⁸ BVerwG, Urteil vom 13.09.2010, Az. 3 C 37/09, NJW 2011, 246 mit Besprechung bei Waldhoff, JuS 2011, 953.

³⁹ Siehe hierzu auch BVerwG, Urteil vom 24.05.2018, Az. 3 C 25/16, NJW 2018, 2910.

⁴⁰ BVerwG, Urteil vom 24.05.2018, Az. 3 C 25/16, NJW 2018, 2910 Rn. 15.

⁴¹ Siehe auch BVerwG, Beschluss vom 24.03.2015, Az. 1 B 6.15, BeckRS 2015, 44578.

b) Materielle Bestandskraft

Unter materieller Bestandskraft wird die Verfestigung der inhaltlichen Bindungswirkung des VA verstanden, welche grundsätzlich schon aus der äußeren Wirksamkeit des VA folgt. Die Behörde kann von einer früheren Entscheidung nicht ohne Weiteres abweichen (sog. *Abweichungsverbot*). Die materielle Bestandskraft setzt die formelle Bestandskraft voraus.

Auch ein bestandskräftiger VA kann allerdings nach den §§ 48, 49, 51 VwVfG aufgehoben werden, wobei eine eventuelle Rechtswidrigkeit des VA dies nicht zwangsläufig erforderlich macht.

VI. Rechtmäßigkeit

1. Ermächtigungs- bzw. Anspruchsgrundlage

Aufgrund des Gesetzesvorbehalts bedarf es im Rahmen der Eingriffsverwaltung einer Ermächtigungsgrundlage. Im Rahmen der Leistungsverwaltung ist dagegen in der Regel irgendeine demokratische Legitimation ausreichend.⁴²

Rspr.: Im Zusammenhang mit der Öl- und Fettbewirtschaftung wurden in den Jahren zwischen 1934 und 1950 (mit etwa eineinhalbjähriger Unterbrechung in der Zeit nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945) zur Sicherstellung einheitlicher und gleichbleibender Verkaufspreise der von den deutschen Ölmühlen hergestellten Öle und Fette laufend preisausgleichende Maßnahmen durchgeführt. Die Durchführung dieser Maßnahmen lag bis Ende des Krieges in den Händen der Reichsstelle für Milcherzeugnisse, Öle und Fette (Reichsstelle). Nach dem Kriege wurde deren Tätigkeit ab 01.09.1946 durch die zunächst für die britische Zone errichtete Vorrats- und Einfuhrstelle für Fette und Eier (Vorrats- und Einfuhrstelle) wieder aufgenommen, deren Vermögenswerte und Befugnisse später auf die Beklagte übergingen. Die im einzelnen im Laufe der Zeit verschiedenartig gestaltete Regelung des Preisausgleichs bestand im wesentlichen darin, dass den Ölmühlen in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen den Einkaufspreisen der Rohware zuzüglich der Verarbeitungskosten einerseits und den auf Grund einer Standardkalkulation festgesetzten Abgabepreisen andererseits entweder Ausgleichsvergütungen gewährt wurden oder dass sie eine entsprechende Ausgleichsabgabe zu zahlen hatten, wenn sich bei Gegenüberstellung dieser Posten ein Unterschiedsbetrag zugunsten der Reichsstelle ergab. Unter den Verarbeitungskosten spielte der sog. Schlaglohn die Hauptrolle, d. h. ein kalkulatorisch errechneter Betrag, der als die angemessene Vergütung der Ölmühlen für ihre industrielle Tätigkeit angesehen wurde. Die Beklagte macht eine Schlaglohndifferenz in Höhe von 15.50 DM je t gegen die Klägerin geltend und stellte einen Leistungsbescheid hierüber aus. Die gegen diesen Bescheid und den Einspruchsbescheid gerichtete Anfechtungsklage führte im ersten Rechtszuge zum Erfolg. Das Berufungsgericht hat das Urteil des VG aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die Revision hatte keinen Erfolg.

„Einmal ist die Auslegung des in Art. 20 Abs. 3 GG verwendeten Gesetzesbegriffs i.S. einer auch für die gewährende Verwaltung unumgänglichen Grundlage rechtsstaatlicher Verwaltung nicht zwingend. So mag man neben dem förmlichen Gesetz auch jede andere parlamentarische Willensäußerung insbes. etwa die etatmäßige Bereitstellung der zur Subventionierung erforderlichen Mittel, als eine hinreichende Legitimation verwaltungsmäßigen Handelns ansehen können. Die Weite einer solchen Ermächtigung kann angesichts der durch das Haushaltsrecht gebotenen Kontrollen ihre Rechtsstaatlichkeit nicht in Frage stellen. Überdies wird sie regelmäßig in der Zielsetzung der damit verfolgten öffentlichen Aufgabe ihre Begrenzung finden. [...] Nicht selten gewährt das Gesetz dem Begünstigten nur ein Antragsrecht auf Erlass einer fehlerfreien Verwaltungsentscheidung (Anerkennung der Beihilfeberechtigung) und lässt den öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Gewährung der Begünstigung, z. B. der Gewährung einer Subvention in bestimmter Höhe, erst mit dem Bewilligungsbescheid der Behörde entstehen. Es kann ferner nicht zweifelhaft sein, dass auch dort, wo die Gewährung von Vergünstigungen nicht durch Gesetz oder RechtsVO, sondern nur durch Verwaltungsvorschriften geregelt worden ist, ein subjektives öffentliches

⁴² Wie zuvor: So BVerwG, Urteil vom 21.03.1958, Az. VII C 6.57, BVerwGE 6, 282 (287); ablehnend *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage 2023, § 7 Rn. 290 ff.

Handelt die Verwaltung ohne eine erforderliche Ermächtigungsgrundlage, ist ihr Handeln rechtswidrig. In Fällen, in denen die Behörde die falsche Ermächtigungsgrundlage nennt, kann das Verwaltungsgericht anstelle der im angefochtenen VA angegebenen Rechtsgrundlage eine andere heranziehen, solange dies nicht zu einer Wesensveränderung des angefochtenen VA führt.⁴⁴

Die Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage kann bereits hier geprüft werden.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit sind grundsätzlich Zuständigkeit, (ordnungsgemäßes) Verfahren und Form zu prüfen.

a) Zuständigkeit

Die (sachliche, instanzielle und örtliche) Zuständigkeit richtet sich i. d. R. nach der Rechtsmaterie, der auch die Ermächtigungsgrundlage entstammt. Fehler führen gem. § 44 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG üblicherweise nicht zur Nichtigkeit (Ausnahme: § 44 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG), sondern sind bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 46 VwVfG unbeachtlich.

- Die *örtliche* Zuständigkeit bestimmt den räumlichen Tätigkeitsbereich der Behörde und ist in Spezialgesetzen oder § 3 VwVfG geregelt.
- Die *sachliche* Zuständigkeit bestimmt welche Sachaufgaben von welcher Behörde wahrgenommen werden (Verfahrens- und Organkompetenz). Geregelt ist dies in Spezialgesetzen.
- Die *instanzielle* Zuständigkeit bestimmt welche Behörde im Rahmen des hierarchischen Behördenaufbaus zuständig ist. Geregelt ist dies in Spezialgesetzen. Für Widerspruchsverfahren gilt § 73 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 VwGO („nächsthöhere Behörde“).

b) Verfahren

Unter dem Prüfungspunkt „ordnungsgemäßes Verfahren“ ist insbesondere an das Anhörungserfordernis des § 28 VwVfG zu denken. Meist ist die Anhörung jedoch gem. § 28 Abs. 2, 3 VwVfG entbehrlich oder gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG nachholbar.

Des Weiteren ist hier insbesondere auf die ordnungsgemäße Begründung des VA gem. § 39 VwVfG einzugehen, die ebenfalls gem. § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG nachholbar ist.

c) Form

VAe sind grundsätzlich an keine feste Form geknüpft. Gem. § 37 Abs. 2 VwVfG ergehen sie z. B.

⁴³ BVerwG, Urteil vom 21.03.1958, Az. VII 6/57, NJW 1958, 1153 (1153).

⁴⁴ OVG Münster, Urteil vom 22.02.2005, Az. 15 A 1065/04, NVwZ-RR 2006, 86 (88).

schriftlich, elektronisch, mündlich oder in anderer Weise. Zu beachten sind jedoch ggf. spezialgesetzliche Vorschriften wie in § 74 Abs. 2 Satz 1 BauO NRW (Schriftform). Die Bestimmtheit des VA gem. § 37 Abs. 1 VwVfG ist dagegen keine Formvorschrift, sondern i. R. d. materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung zu behandeln.

Gem. § 37 Abs. 6 VwVfG ist einem anfechtbaren schriftlichen oder elektronischen VA eine Rechtsbehelfsbelehrung beizufügen. Eine fehlende Rechtsbehelfsbelehrung hat allerdings nur Auswirkungen auf die Klagefrist gem. § 58 VwGO.

d) Heilung von Verfahrens- und Formfehlern

Gem. § 45 VwVfG und dem inhaltsgleichen § 45 VwVfG NRW ist eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften unter bestimmten in Abs. 1 genannten Voraussetzungen unbeachtlich. Nach § 45 Abs. 2 VwVfG kommt eine Heilung bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in Betracht.

aa) Nachholen der Begründung

Fehlt die nach § 39 Abs. 1 Satz 1 VwVfG erforderliche Begründung vollständig, kommt ein Nachholen der Begründung in Betracht, § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG. Die Gründe werden dann nur nachträglich bekannt gegeben. Es handelt sich dabei um die Gründe, die für den Erlass des VA tatsächlich maßgeblich waren. Ob der VA tatsächlich aufgrund der angeführten Begründung erlassen werden durfte, d. h. ob die Begründung ihn materiell-rechtlich trägt, wird erst im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit des VA überprüft.

bb) Nachschieben von Gründen

Ein Nachschieben von Gründen ist dann gegeben, wenn im Prozess weitere tatsächliche und rechtliche Gründe zum formell ordnungsgemäß begründeten VA vorgetragen werden.

Nach § 114 Satz 2 VwGO kann die Behörde ihre Ermessenserwägungen noch im Verwaltungsprozess ergänzen, wenn sie ihr Ermessen bereits tatsächlich ausgeübt hat.⁴⁵ Dies wird als Argument dafür angeführt, dass *a maiore ad minus* auch das Nachschieben einfacher Erwägungen (der Begründung) zulässig sein muss. Zudem lässt sich für diese Ansicht anführen, dass eine Versagung dieser Möglichkeit nur unnötigen Formalismus zur Folge hätte. Denn wenn der VA mit der „nachgeschobenen“ Begründung erlassen werden kann, hat der Bürger durch die Versagung des Nachschiebens der Begründung nur Zeit gewonnen, da die Behörde den aufgehobenen VA durch einen inhaltsgleichen VA – dann mit „ordnungsgemäßer“ Begründung – ersetzt. Nicht zuletzt wird das Nachschieben von Gründen aus dem *Amtsermittlungs- und Untersuchungsgrundsatz* des Gerichts nach § 86 Abs. 1 VwGO gefolgert. Das Verwaltungsgericht hat von Amts wegen alle Tatsachen und Gesichtspunkte zu ermitteln. So müsse auch der Verwaltung eingeräumt werden, neue Gründe in den Prozess einzubringen.

⁴⁵ BVerwG, Urteil vom 05.09.2006, Az. 1 C 20.05, NVwZ 2007, 470 (471).

Prozessuale Grenzen des zulässigen Nachschiebens von Gründen:

- Der VA darf sich noch nicht erledigt haben.
- Es muss sich sprachlich noch um ein „Ergänzen“ i. S. d. § 114 Satz 2 VwGO handeln.

Rspr.: Der Kläger, ein 1970 geborener irakischer Staatsangehöriger, wendet sich gegen seine Ausweisung. Er kam 2002 nach Deutschland und heiratete im Dezember 2005 eine ukrainische Staatsangehörige, die eine Niederlassungserlaubnis besaß. Im Mai 2006 vergewaltigte der Kläger eine Fünfzehnjährige. Er wurde deshalb zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Er hat diese Strafe inzwischen vollständig verbüßt. Im Februar 2008 wies die beklagte Ausländerbehörde den Kläger aus, da er mit seiner Straftat die Voraussetzungen des § 53 Nr. 1 AufenthG für eine zwingende Ausweisung erfülle und keinen besonderen Ausweisungsschutz genieße. Während des Klageverfahrens wurde der Kläger als Flüchtling anerkannt, weil er als Yezide im Irak wegen seiner Religion verfolgt werde. Im Hinblick auf den dadurch begründeten besonderen Ausweisungsschutz übte die Beklagte Ermessen aus und hielt an der Ausweisung fest. Das VG gab der Klage statt und hob die Ausweisungsverfügung auf. Das OVG hat die Entscheidung des VG im Ergebnis bestätigt.

Die Revision der Beklagten hatte Erfolg. *„Das Berufungsgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass bei Erlass der Ausweisungsverfügung im Februar 2008 ein Fall der **zwingenden Ausweisung** ohne behördlichen Ermessensspielraum gegeben war, da der Kläger wegen einer vorsätzlichen Straftat rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verurteilt worden war (§ 53 Nr. 1 AufenthG). Die nach Klageerhebung erfolgte Flüchtlingsanerkennung des Klägers begründete gem. § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 AufenthG einen besonderen Ausweisungsschutz, der nicht mehr eine zwingende Ausweisung, sondern lediglich noch eine **Regelausweisung** zuließ (§ 56 Abs. 1 Satz 4 AufenthG). Zu Recht hat das Berufungsgericht im Hinblick auf die (damals) schutzwürdigen privaten Belange des Klägers einen Ausnahmefall von der Regelausweisung – und damit die Notwendigkeit einer behördlichen Ermessensentscheidung – angenommen. Schließlich hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt, dass für die gerichtliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Ausweisung nach neuerer Rechtsprechung des Senats nicht mehr – wie früher – auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der (letzten) Behördenentscheidung abzustellen ist, sondern auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung in der Tatsacheninstanz.*

*Zu Unrecht hat sich das Berufungsgericht allerdings durch § 114 Satz 2 VwGO gehindert gesehen, bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Ausweisung die von der Beklagten nachgeschobenen Ermessenserwägungen zu berücksichtigen. Gemäß § 114 Satz 2 VwGO kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schließt diese Vorschrift es jedenfalls in den Fällen aufenthaltsbeendender Maßnahmen, für deren Rechtmäßigkeit es auf die **Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung** ankommt, nicht aus, dass die Behörde eine Ermessensentscheidung erstmals im gerichtlichen Verfahren trifft und zur gerichtlichen Prüfung stellt. Dies gilt zumindest dann, wenn sich – wie hier – auf Grund neuer Umstände die Notwendigkeit einer Ermessensausübung erst nach Klageerhebung ergibt.“⁴⁶*

Materiell-rechtliche Grenzen des zulässigen Nachschiebens von Gründen:

- Die Gründe müssen schon bei Erlass des VA vorgelegen haben.
- Der VA darf durch die Gründe nicht in seinem Wesen verändert werden (eine Wesensänderung liegt vor, wenn der VA nunmehr auf einen gänzlich anderen Sachverhalt oder eine anderen Zwecken dienenden Rechtsgrundlage gestützt wird).

⁴⁶ BVerwG, Urteil vom 13.12.2011, Az. 1 C 14/10, NVwZ 2012, 698 (699) Rn. 7-8.

Bsp.: Die zunächst mit einem Verstoß gegen Sicherheitsbestimmungen begründete Unzuverlässigkeit i. S. v. § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO wird nachher aus einer Steuerhinterziehung hergeleitet. Die ursprünglich auf dem Aspekt der (präventiven) Gefahrenabwehr beruhende polizeiliche Beschlagnahme wird später unter Rückgriff auf die der (repressiven) Strafverfolgung dienende StPO gerechtfertigt.⁴⁷

- Dem Kläger darf dadurch seine Rechtsverteidigung nicht unangemessen erschwert werden.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage zu prüfen. Eine genaue Subsumtion des Sachverhalts unter die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen ist an dieser Stelle unerlässlich.

4. Der unbestimmte Rechtsbegriff

Der unbestimmte Rechtsbegriff ist auf der *Tatbestandsebene* relevant. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind solche Rechtsbegriffe, die in einer Norm verwendet werden und vor ihrer Anwendung im konkreten Einzelfall der behördlichen Auslegung und Konkretisierung bedürfen, bspw. der im allgemeinen und besonderen Gewerberecht geläufige Begriff der „Unzuverlässigkeit“ (§ 35 Abs. 1 GewO, § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG).

a) Gerichtliche Überprüfbarkeit⁴⁸

Strittig ist, ob diese unbestimmten Rechtsbegriffe der anwendenden Behörde auf der Tatbestandsseite einen Anwendungs- und Entscheidungsspielraum eröffnen und ob das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Voraussetzungen eines unbestimmten Rechtsbegriffs gerichtlich überprüfbar ist. Streitig ist folglich, wem die Auslegungskompetenz für unbestimmte Rechtsbegriffe zusteht: den anwendenden Behörden oder den Gerichten.

Einer Mindermeinung nach besteht nur eine beschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Demnach ist es den Gerichten nur möglich, die äußeren Grenzen des gerichtsfreien Beurteilungsspielraums auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.⁴⁹ Diese Ansicht führt jedoch dazu, dass die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG leer läuft, da das Gericht keine materielle Kontrolle ausüben darf.

Der h. M. folgend ist die behördliche Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs grundsätzlich **voll gerichtlich überprüfbar**. Diese Ansicht stützt sich in ihrer Argumentation insbesondere auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und auf die Grundsätze des Gesetzesvorbehalts und der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 GG).⁵⁰

⁴⁷ Vgl. VG Lüneburg, Urteil vom 21.12.2016, Az. 5 A 1/16.

⁴⁸ Siehe dazu Fall 4 bei *Ernst/Kämmerer*, Fälle zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2021, S. 55 ff.

⁴⁹ *Bachof*, JZ 1955, 97 (99 f.); *Smeddinck*, DÖV 1998, 370 (371 ff.).

⁵⁰ BVerfG, Urteil vom 29.05.2002, Az. 2 BvR 723/99, NJW 2002, 127; BVerfG, Urteil vom 08.12.2011, Az. 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694 (695).

Die h. M. macht jedoch eine **Ausnahme** für den Fall, dass ein unbestimmter Rechtsbegriff mit **Beurteilungsspielraum** vorliegt. Ein solcher Fall liegt dann vor, wenn die Behörde aufgrund der geregelten Materie einen uneinholbaren Wissensvorsprung hat. Dies ist bei folgenden Fallgruppen anerkannt:

aa) Prüfungsentscheidungen⁵¹

Bei Prüfungs- und prüfungsähnlichen Entscheidungen haben die Prüfer einen Beurteilungsspielraum, da nur die Prüfer das konkrete Verhalten des Prüflings in der Prüfungssituation persönlich wahrgenommen haben. Zu unterscheiden ist daher zwischen prüfungsspezifischen Wertungen und fachwissenschaftlichen Fragen. Nur die prüfungsspezifischen Wertungen unterliegen der eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle, während bei fachwissenschaftlichen Fragen kein Beurteilungsspielraum besteht und diese somit unbeschränkt überprüfbar sind.

Hintergrund ist letztlich das *Gebot der Chancengleichheit*: Der Richter kann zwar beurteilen (zur Not mithilfe eines Sachverständigen), ob eine vom Prüfling präsentierte Lösung objektiv richtig ist, sprich wissenschaftlich vertretbar ist und den „Regeln der Kunst“ im jeweiligen Fach entspricht (sog. *absolute Richtigkeit*). Er kann jedoch nicht die Einzelleistung im Gesamtfeld aller Prüflinge einordnen (sog. *relative Richtigkeit*).

Prüfungs- und prüfungsähnlichen Entscheidungen sind daher beschränkt nur darauf überprüfbar, ob

- die Verfahrensvorschriften eingehalten wurden,
- die Entscheidung ausreichend begründet wurde,
- von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen wurde,⁵²
- allgemein anerkannte Bewertungsmaßstäbe wie das Sachlichkeitsgebot und das Fairnessgebot beachtet wurden und
- keine sachfremden Erwägungen die Entscheidung beeinflusst haben.

Beispiele:

- Eine vertretbare bzw. in der Literatur vertretene Lösung darf nicht als „falsch“ bewertet werden, auch wenn sie nicht der Lösung des Prüfers entspricht.⁵³

Rspr.: Der Beschwerdeführer zu 1 (1 BvR 419/81) bestand am 31.10.1975 vor dem Niedersächsischen Landesjustizprüfungsamt die Zweite Juristische Staatsprüfung mit der Abschlussnote ‚befriedigend (6,38 Punkte)‘. Gegen diesen Prüfungsbescheid legte er Widerspruch mit der Begründung ein, jeder der drei Prüfungsabschnitte sei zu

⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 17.04.1991, Az. 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, BVerfGE 84, 34 (51 ff.); Siehe dazu Fall 10 bei *Böhm/Gaitanides*, Fälle zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2007, S. 89 ff. und Fall 5 bei *Bretthauer/Collin/Egidy/Spiecker gen. Döhm*, 40 Klausuren aus dem Verwaltungsrecht, 12. Auflage 2020, S. 75 ff.

⁵² BVerwG, Urteil vom 12.11.1997, Az. 6 C 11.96, BVerwGE 105, 328 (332).

⁵³ BVerfG, Urteil vom 17.04.1991, Az. 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, BVerfGE 84, 34.

schlecht bewertet worden. Den Aktenvortrag hätten die Prüfer als unzutreffend und unvollständig mit nur 6,00 Punkten bewertet, weil sie seine rechtswissenschaftliche Auffassung nicht geteilt hätten, obwohl diese im Schrifttum vertreten werde. Für das anwaltliche Prüfungsgespräch habe er nur die Note ‚vollbefriedigend (8,00 Punkte)‘ erhalten, obwohl alle Fragen von ihm zutreffend beantwortet worden seien und ein Prüfer sogar mehrfach ‚ausgezeichnet‘ bemerkt habe. Die Note ‚ausreichend (4,00 Punkte)‘ für seine Hausarbeit beruhe darauf, dass die Prüfer die Schwierigkeit der Aufgabe verkannt und unzulässige Beurteilungskriterien angelegt hätten. So hätten sie den Aufbau des Sachberichts beanstandet und die Bearbeitung verschiedener Rechtsfragen als zu oberflächlich, unzureichend und widersprüchlich kritisiert, obwohl jeweils gute Gründe für die gewählte Darstellungsform gesprochen hätten und die von ihm vertretene Rechtsansicht durchaus vertretbar gewesen sei.

Der Beschwerdeführer zu 2 (1 BvR 213/83) hat am 07.02.1978 die Erste Juristische Staatsprüfung zum zweiten Mal nicht bestanden. Für seine Hausarbeit erhielt er 4,00 Punkte, für seine Aufsichtsarbeiten durchschnittlich 4,16 Punkte und in der mündlichen Prüfung 3,00 Punkte, so dass die Gesamtnote unter 4,00 Punkten lag. Mit seinem Widerspruch rügte der Beschwerdeführer die geringe Benotung seiner Hausarbeit. Mehrere Korrekturbemerkungen und Feststellungen in den Voten der Prüfer seien unrichtig oder beruhten auf offensichtlichen Missverständnissen. Vor allem hätten die beiden Korrektoren seine Ausführungen zur Saldo-Theorie und den Begründungszusammenhang mit § 818 Abs. 3 BGB als ‚in mehrfacher Hinsicht grob fehlerhaft‘ bezeichnet; sie hätten den Stand der rechtswissenschaftlichen Diskussion nicht gekannt und seine Literaturnachweise nicht berücksichtigt.

„Nach Art. 12 Abs. 1 GG müssen berufsbezogene Prüfungsverfahren so gestaltet sein, dass das Grundrecht der Berufsfreiheit effektiv geschützt wird. Prüflinge müssen deshalb das Recht haben, Einwände gegen ihre Abschlussnoten wirksam vorzubringen. Hingegen ist die Eröffnung einer zweiten Verwaltungsinstanz mit einer vollständigen Neubewertung umstrittener Prüfungsleistungen nicht geboten. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zum Bewertungsspielraum der Prüfungsbehörden ist mit Art. 19 Abs. 4 GG nur vereinbar, soweit es um prüfungsspezifische Wertungen geht. Hingegen sind fachliche Meinungsverschiedenheiten zwischen Prüfer und Prüfling der gerichtlichen Kontrolle nicht generell entzogen. Aus Art. 12 Abs. 1 GG ergibt sich für berufsbezogene Prüfungen der allgemeine Bewertungsgrundsatz, dass eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch bewertet werden darf.“⁵⁴

- Die maßgeblichen Gründe, die den Prüfer zu der abschließenden Bewertung veranlasst haben, müssen zwar nicht in ihren Einzelheiten, wohl aber in den für das Ergebnis ausschlaggebenden Punkten erkennbar sein.
- Die Begründung des in einer Note zum Ausdruck kommenden prüfungsspezifischen Werturteils muss auf die fachlichen Qualitäten und Defizite der Prüfungsleistung bezogen sein und ausführen, welche konkrete Leistung oder welche konkreten Mängel der Prüfungsleistung für die Bewertung maßgebend waren.
- Gerichtlich nachprüfbar ist, ob mit einer Prüfungsaufgabe fachlich Unmögliches verlangt wird und ob die Prüfungsaufgabe verständlich gestellt oder in sich widersprüchlich ist.

Exkurs: Zu beachten ist, dass alle Prüfungsmängel, abgesehen von materiellen Bewertungsfehlern, unverzüglich geltend gemacht werden müssen, denn sonst werden diese nicht im Verwaltungsverfahren berücksichtigt (bspw. übermäßiger Lärm).⁵⁵

Exkurs: Zum Rechtsschutz gegen Prüfungsentscheidungen in der Ersten Juristischen Staatsprüfung: Die Klägerin legte Widerspruch gegen den Bescheid vom 03.05.2005, mit dem ihr der Beklagte das Nichtbestehen der Ersten Juristischen Staatsprüfung mitteilte, ein. Auf diesen Widerspruch hob das Justizprüfungsamt durch Bescheid vom 24.04.2006 den Bescheid vom 03.05.2005 auf: Die Klägerin habe zu Recht gerügt, dass die Aufgabenstellung der Hausarbeit zu umfangreich sei. Sie sei deshalb zur Anfertigung einer neuen Hausarbeit zuzulassen. Ihre Einwände gegen die Bewertung der Aufsichtsarbeiten seien indessen unbegründet. Nach Einreichung der neu angefertigten Hausarbeit, teilte der Beklagte mit Bescheid vom 24.01.2007 erneut das Nichtbestehen mit. Ihren hiergegen gerichteten Widerspruch wies der Beklagte mit Bescheid

⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 17.04.1991, Az. 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005 (2005).

⁵⁵ BVerwG, Urteil vom 27.04.1999, Az. 2 C 30.98, NVwZ 2000, 921; Ausführlich: *Birnbaum*, NVwZ 2006, 286 ff.

vom 30.07.2007 zurück.

„Die Frage, ob der Bewertung einer einzelnen Prüfungsleistung Regelungsqualität i. S. v. § 35 S. 1 VwVfG zukommt, ist ausschließlich anhand der jeweiligen Prüfungsordnung zu klären. Im Falle eines gespaltenen Widerspruchsbescheids, mit dem einem Begehren eines Prüflings nach Neubewertung bzw. Prüfungswiederholung hinsichtlich einzelner Prüfungsleistungen stattgegeben und hinsichtlich anderer Prüfungsleistungen nicht stattgegeben wird, ist es der Widerspruchsbehörde verwehrt, den abschlägigen Teil zum Gegenstand einer eigenständig bestandskraftfähigen Regelung zu machen, die dem Prüfling bei Versäumung der gesetzlichen Klagefrist die Möglichkeit nehmen würde, die betreffenden Bewertungen in eine später gegen den abschließenden Prüfungsbescheid gerichtete Klage einzubeziehen.“⁵⁶

bb) Beamtenrechtliche Beurteilungen

Auch bei beamtenrechtlichen Beurteilungen steht der Behörde ein Beurteilungsspielraum zu, so dass für die Beurteilung eines Beamten oder Soldaten für einen bestimmten Dienstposten oder eine bestimmte Aufgabe eine eingeschränkte Überprüfungscompetenz der Gerichte besteht.

cc) Prognose- und Risikobewertungen

Im Rahmen von bestimmten Prognose- und Risikobewertungen hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Einschätzung künftiger Entwicklungen der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum eingeräumt.⁵⁷

Rspr.: Lange Zeit galten die Entscheidungen der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien als typisches Beispiel für eine nur beschränkt gerichtlich überprüfbare Entscheidung mit Beurteilungsspielraum. So hatte das BVerfG in seinem bekannten **„Mutzenbacher“-Urteil**⁵⁸ den Behörden eine Einschätzungsprärogative über den Begriff der „Jugendgefährdung“ eingeräumt, aber zugleich das Spannungsverhältnis zum Rechtsschutzanspruch der Betroffenen hervorgehoben. Das BVerwG urteilte nun in seiner aktuellen **„Bushido“-Entscheidung**⁵⁹, dass *„dem Zwölfer-Gremium der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien [...] auch für die Entscheidung über den Vorrang von Jugendschutz oder Kunstfreiheit im Rahmen der Abwägung kein Beurteilungsspielraum zu[steht] (Änderung der Rechtsprechung).“⁶⁰*

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger ist Rapper mit Künstlernamen „Bushido“. Er wandte sich gegen die Aufnahme seines Studioalbums „Sonny Black“ (CD), das der Musikrichtung Gangsta-Rap zuzuordnen ist, in die Liste für jugendgefährdende Medien (Indizierung). Das Album enthält 15 Titel, deren Texte den kriminellen Lebenswandel des Gangsterbosses „Sonny Black“ beschreiben. Die Texte weisen zum Teil Bezüge zu Ereignissen aus dem Leben des Klägers auf. [...] In der Sitzung vom 9.4.2015 beschloss das Zwölfer-Gremium [der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien], dass das Album „Sonny Black“ in Teil A der Liste der jugendgefährdenden Medien eingetragen wird. In den Gründen des Indizierungsbescheids, in denen die 15 Titel des Albums im Wortlaut wiedergegeben sind, heißt es: „Sonny Black“ werde als Gangsterboss dargestellt, vor dem es Angst zu haben gelte, weil er Konflikte ausschließlich durch Gewalt löse. Fast jeder Titel enthalte Schilderungen, wie er aus beliebigen Anlässen offen brutale Gewalt anwende und als Drogendealer oder Waffenhändler tätig sei, ohne dafür belangt zu werden. Auch seien die Texte durchsetzt mit Äußerungen, in denen Frauen und Homosexuelle in vulgärer Sprache herabgewürdigt und verächtlich gemacht würden. „Sonny Black“ sei keine fiktive Figur, weil die geschilderten Erlebnisse zum Teil deutliche Bezüge zum Leben des Klägers aufwiesen. Das Album vermittele die Botschaft, dass ein Lebensstil und ein Selbstverständnis zum Erfolg führten, die sich auf die offene Begehung von Straf-

⁵⁶ BVerwG, Urteil vom 23.05.2012, Az. 6 C 8/11, NJW 2012, 2901 (2901).

⁵⁷ auch der mögliche Eintritt von Nachteilen für die internationalen Beziehungen (hohe politische Tragweite) kann nur Gegenstand einer plausiblen und nachvollziehbaren Prognose sein, BVerwG, Urteil vom 29.10.2009, Az. 7 C 22.08, NVwZ 2010, 321;

⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 27.11.1990, Az. 1 BvR 402/87, BVerfGE 82, 130.

⁵⁹ BVerwG, Urteil vom 30.10.2019, Az. 6 C 18.18, BVerwGE 167, 33.

⁶⁰ Vgl. hierzu die Entscheidungsbesprechung bei *Hufen*, JuS 2020, 1094.

taten, hemmungslose Gewalttätigkeit, Demütigungen, Einschüchterungsgebaren und das Fehlen jeglicher Empathie gründen. Die Texte übten trotz ihres Inszenierungscharakters mit hoher Wahrscheinlichkeit einen schädlichen Einfluss auf hierfür empfängliche Minderjährige aus.

„Die durch § 19 Abs. 2 bis Abs. JuSchG vorgegebene besondere Ausstattung des entscheidungszuständigen Zwölfer-Gremiums der BPS, das heißt seine pluralistische, für eine besondere Sachkunde Gewähr bietende Besetzung, die Weisungsunabhängigkeit der Mitglieder und die Notwendigkeit einer qualifizierten Mehrheit für die Indizierung, reicht für sich genommen im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht aus, um dem Gremium einen Beurteilungsspielraum zuzuerkennen.“⁶¹

dd) **Höchstpersönliche Akte wertender Erkenntnis**⁶²

Bei höchstpersönlichen Akten wertender Erkenntnis geht es um solche Behördenentscheidungen, die aufgrund persönlichen Eindrucks unter Berücksichtigung besonderer fachlicher Erfahrung der Amtswalter getroffen werden. Aufgrund dieses persönlichen Eindrucks und der besonderen Kompetenz des Amtswalters steht der Behörde ein Beurteilungsspielraum zu und die gerichtliche Kontrolle ist eingeschränkt.

b) **Grenzen der gerichtlichen Überprüfbarkeit**

Die gerichtliche Kontrolle der behördlichen Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielraum ist allgemein auf folgende Kriterien beschränkt:⁶³

- Hat die Behörde ihren Beurteilungsspielraum verkannt (sog. *Beurteilungsausfall*)?
- Ist die Behörde von falschen Tatsachen ausgegangen (sog. *Fehlgebrauch*)?
- Sind Verfahrensvorschriften nicht eingehalten worden (*Fehlgebrauch*)?
- Hat sich die Behörde von sachfremden Erwägungen leiten lassen (*Fehlgebrauch*)?
- Sind allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe nicht eingehalten worden (*Fehlgebrauch*)?
- Ist die Entscheidung ausreichend begründet?

5. **Ermessen**

Ist eine Behörde zu einem bestimmten Handeln verpflichtet, ist die im Gesetz angegebene Rechtsfolge zu treffen (**gebundene Entscheidung**). Ermessen liegt hingegen vor, wenn bei Verwirklichung eines Tatbestands die Behörde eigenverantwortlich zwischen mehreren Rechtsfolgen wählen kann, ihr also ein gewisser Handlungsspielraum zugewiesen wird. Das Ermessen kann sich

⁶¹ BVerwG, Urteil vom 30.10.2019, Az. 6 C 18/18, NJW 2020, 785 (787) Rn. 19.

⁶² BVerwG, Urteil vom 16.05.2007, Az. 3 C 8/96, BVerwGE 129, 27, wonach die Beurteilung der zuständigen Behörde, ob ein Wein in Aussehen, Geruch und Geschmack frei von Fehlern ist, vom Gericht nur eingeschränkt überprüft werden kann; vgl. auch *Beaucamp*, JA 2012, 193 (194).

⁶³ BVerfG, Urteil vom 10.12.2009, Az. 1 BvR 3151/07, NVwZ 2010, 435 (438); BVerwG, Beschluss vom 08.03.2012, Az. 6 B 36/11, NJW 2012, 2054 (2054).

dabei auf das „Ob“ des Einschreitens (*Entschließungsermessen*) und/oder auf das „Wie“ (*Auswahlermessen*) beziehen.

Beachte: Ermessen ist nicht zu verwechseln mit Beurteilungsspielraum. Ermessen bezieht sich auf die Rechtsfolge; ein Beurteilungsspielraum bezieht sich auf den Tatbestand.

a) Einräumung von Ermessen

Der Behörde wird Ermessen typischerweise durch Formulierungen wie „kann“, „darf“ oder „ist befugt/berechtigt“ eingeräumt. Demgegenüber liegt eine gebundene Entscheidung in der Regel bei Formulierungen wie „muss“, „darf nicht“ oder „ist“ vor. Jedoch bedarf es im Einzelfall einer Auslegung der Ermächtigungsgrundlage, um festzustellen, ob eine Ermessensermächtigung vorliegt oder nicht.

Exkurs: Einer klaren Einordnung in die Kategorien Ermessensvorschrift bzw. gebundene Entscheidung entziehen sich die sog. **Soll-Vorschriften**.⁶⁴ Diesen Vorschriften ist gemein, dass grundsätzlich eine bestimmte Rechtsfolge einzutreten hat bzw. eine bestimmte Regel anzuordnen ist (womit sie Ähnlichkeit zu gebundenen Entscheidungen aufweisen). Jedoch sehen Soll-Vorschriften Ausnahmetatbestände vor, die die behördlichen Handlungsmöglichkeiten über die Anordnung der „Regelrechtsfolge“ hinaus erweitern (was sie den Ermessensvorschriften annähert).

Das BVerwG nutzt zudem den Begriff des **intendierten Ermessens**: wenn „eine ermessenseinräumende Vorschrift dahin auszulegen [ist], dass sie für den Regelfall von einer Ermessensausübung in einem bestimmten Sinne ausgeht, so müssen besondere Gründe vorliegen, um eine gegenteilige Entscheidung zu rechtfertigen“.⁶⁵ Dies trifft unter anderem auf Soll-Vorschriften zu.

Rspr.: Die Beklagte widerrief einen Zuwendungsbescheid, der mit der Auflage der Nr. 3.1 ANBest-G (Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an Gemeinden) versehen war, nach § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG NRW. Der Kläger wandte sich gegen diesen Widerruf. Das VG hat die Klage abgewiesen. Der Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung blieb ohne Erfolg.

Nr. 3.1 ANBest-G: Bei der Vergabe von Aufträgen zur Erfüllung des Zweckes sind die nach dem Kommunalhaushaltsrecht anzuwendenden Vergabegrundsätze in der zum Zeitpunkt der Vergabe gültigen Fassung zu beachten.

„Bei der Aufhebung öffentlicher Zuwendungsbescheide ist das Widerrufsermessen regelmäßig intendiert. Dies folgt aus den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit. Liegt ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt nicht vor, versteht sich das Ergebnis von selbst und bedarf keiner das Selbstverständliche darstellenden Begründung. Damit ist indes nicht gesagt, dass in diesen Fallkonstellationen jede weitere Sachaufklärung entbehrlich und die Entscheidungsreife eingetreten ist, sobald die Behörde die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Widerruf festgestellt hat. Denn auch bei einem intendierten Ermessen ist zu verlangen, dass die Behörde den ihr verbleibenden Ermessensspielraum erkennt und prüft, ob ausnahmsweise eine andere Entscheidung als der Widerruf des Zuwendungsbescheids in Betracht kommt. Diesem Erfordernis wird die Behörde grundsätzlich nur dann gerecht werden können, wenn dem beabsichtigten Widerruf eine ordnungsgemäße Anhörung vorangeht.“⁶⁶

⁶⁴ BVerwG, Urteil vom 12.02.1991, Az. 1 C 4/89, NVwZ 1991, 1080 (1082); BVerwG, Urteil vom 16.05.1983, Az. 1 C 28/81, NJW 1984, 70 (71).

⁶⁵ BVerwG, Urteil vom 16.06.1997, Az. 3 C 22-96, NJW 1998, 2233 (2234); BVerwG, Urteil vom 05.07.1985, Az. 8 C 22/83, NJW 1986, 738 (739).

⁶⁶ OVG Münster, Beschluss vom 15.08.2019, Az. 15 A 2782/18, NVwZ-RR 2020, 333 (334) Rn. 13-14.

b) Grenzen des Ermessens und ihre Kontrolle

Gemäß § 40 VwVfG muss die Behörde ihr Ermessen in den gesetzlichen Grenzen und entsprechend dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage ausüben. Die gerichtliche Kontrollbefugnis von Ermessensentscheidungen ist gemäß § 114 Satz 1 VwGO auf die Kontrolle der Einhaltung dieser Anforderungen beschränkt. Die Ermessenskontrolle erfolgt anhand der in der Literatur und Rechtsprechung auf Grundlage dieser Vorschriften entwickelten Grundsätze:

Danach ist als Ausprägung des Grundsatzes der Gewaltenteilung zu beachten, dass ausschließlich die Behörde selbst und letztverantwortlich über die Zweckmäßigkeit ihres Verhaltens entscheidet. Das Gericht darf also nur die Rechtmäßigkeit des VA, nicht aber dessen Zweckmäßigkeit überprüfen und insbesondere kein eigenes Ermessen ausüben. Die Rechtmäßigkeitskontrolle der Gerichte nach § 114 Satz 1 VwGO ist vielmehr auf die anerkannten Ermessensfehler beschränkt.

c) Ermessensfehler⁶⁷

Ein Ermessenfehler liegt vor, wenn die Behörde ihr Ermessen

- gar nicht gebraucht (*Ermessensnichtgebrauch*),
- die Entscheidung der Behörde den gesetzlichen Rechtsfolgenrahmen überschreitet (*Ermessensüberschreitung*) oder
- die Behörde von ihrem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage nicht entsprechenden Weise Gebrauch macht (*Ermessens Fehlgebrauch*).

Für die Feststellung des Vorliegens eines Ermessenfehlers ist insbesondere die Begründung, die die Behörde bzgl. des Erlasses des VA gem. § 39 VwVfG abgegeben hat, ein gewichtiges Indiz.

aa) Ermessensnichtgebrauch

Ein **Ermessensnichtgebrauch** liegt vor, wenn die Behörde bei der Entscheidung ihr Ermessen gar nicht betätigt. Die Behörde verkennt also, dass ihr ein Ermessensspielraum eingeräumt wird und fühlt sich stattdessen verpflichtet, eine vom Gesetz vermeintlich vorgegebene Entscheidung zu treffen.

Rspr.: Die Behörde glaubte, zu einem VA gesetzlich verpflichtet gewesen zu sein (wie das bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes der Fall gewesen wäre), der Erlass des in Frage stehenden VA (nämlich die Wiedereröffnung oder das Wiederaufgreifen des Verfahrens) lag jedoch im Ermessen der Behörde.⁶⁸

bb) Ermessensüberschreitung

Bei der **Ermessensüberschreitung** erkennt die Behörde zwar, dass ihr ein Ermessensspielraum

⁶⁷ Siehe dazu Fall 9 bei *Böhm/Gaitanides*, Fälle zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2007, S. 78 ff.

⁶⁸ BVerwG, Urteil vom 13.12.1962, Az. III C 75.59, BeckRS 1962, 316.

zusteht, verkennt jedoch dessen Grenzen und verkürzt unbewusst den ihr offenstehenden Entscheidungsspielraum.

cc) Ermessensfehlgebrauch

Gerichtlich überprüft wird die Frage, ob die Behörde in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise von ihren Befugnissen Gebrauch gemacht hat, § 114 Satz 1 VwGO. Dabei ist zwischen zwei Varianten zu unterscheiden:

- Ein *Ermessensdefizit* liegt vor, wenn die Behörde nicht alle Umstände des Einzelfalls in die Abwägung mit einbezieht, die nach Lage und nach Maßgabe des Gesetzes hätten berücksichtigt werden müssen.
- *Sachfremde Erwägungen* liegen schon dann vor, wenn die Entscheidung (auch) aufgrund von Gesichtspunkten erlassen wurde, die nicht zweckdienlich i. S. d. Ermächtigungsgrundlage sind. Dies ist insbesondere bei Willkür, böser Absicht, Missbrauch oder unangemessener Berücksichtigung privater Interessen der Fall.

Rspr.: Die Klägerin hat sich vergebens bei der Beklagten um einen Stellplatz für den Frühjahrsmarkt 1981 beworben. Ihr Widerspruch gegen den ablehnenden Bescheid blieb erfolglos.

„Die Beklagte hat sich nämlich bei ihrer Auswahlentscheidung nach ihrem eigenen im Berufungsurteil festgestellten Bekenntnis von der Erwägung leiten lassen, nicht nur im Jahre 1981, sondern auf unbegrenzte Zeit das Merkmal ‚bekannt und bewährt‘ bei der Platzverteilung ausschlaggebend sein zu lassen. Damit basiert ihre Entscheidung auf einem Auswahlsystem, das Bewerbern, die dem Kreis der bekannten und bewährten Unternehmen nicht angehören, auf unabsehbare Zeit die Teilnahme am Frühjahrsmarkt verschließt. Eine Auswahlentscheidung, der ein System zugrunde liegt, das Neubewerbern oder Wiederholungsbewerbern von der Art der Klägerin, die nicht kontinuierlich auf dem Markt vertreten waren, weder im Jahre der Antragstellung noch in einem erkennbaren zeitlichen Turnus eine Zulassungschance einräumt, liegt in jedem Falle außerhalb der Ermessensgrenzen des § 70 Abs. 3 GewO.“⁶⁹

Im Rahmen der Überprüfung ist in beiden Fällen zu ermitteln, welche die Zwecke der Ermächtigungsgrundlage sind und ob diese Zwecke hinreichend bei der Entscheidung durch die Behörde beachtet wurden.

dd) Ermessensüberschreitung

Im Falle einer Ermessensüberschreitung überschreitet die Behörde mit ihrer Entscheidung den gesetzlich vorgegebenen Rechtsfolgerahmen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip oder den Gleichheitssatz verstoßen wurde.

Demnach dürfen durch die Ermessensentscheidung die rechtlich geschützten Interessen des Betroffenen nicht in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigt werden. Zudem darf die Behörde ohne sachlichen Grund nicht von ihrer bisherigen Verwaltungspraxis abweichen (**Selbstbindung der Verwaltung als Ausdruck des Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG**). Bei ihrer Ermessensentscheidung muss die Behörde den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG dergestalt

⁶⁹ BVerwG, Urteil vom 27.04.1984, Az. 1 C 24/82, NVwZ 1984, 585.

beachten, dass sie ihr Ermessen in gleichgelagerten Fällen auch gleichartig ausüben muss. Art. 3 Abs. 1 GG ist darüber hinaus verletzt, wenn die Behörde gegen das Willkürverbot verstößt.

Beachte: Im Falle einer Ermessenermächtigung ist die Verhältnismäßigkeit immer im Rahmen der Ermessenüberschreitung zu prüfen, da ein ungeeigneter VA die äußeren (extrinsischen), gesetzlichen Grenzen des Ermessens (Schranken-Schranken der Grundrechte) überschreitet. Eine singuläre Verhältnismäßigkeitsprüfung ist in der verwaltungsrechtlichen Klausur unzulässig.

d) Ermessensreduzierung auf null⁷⁰

Im konkreten Einzelfall kann sich die im Rahmen des Ermessens grundsätzlich bestehende behördliche Wahlmöglichkeit auf eine einzige Handlungsmöglichkeit reduzieren (sog. *Ermessensreduzierung auf null*). Das behördliche Ermessen ist auf null reduziert, wenn nur eine Ermessensentscheidung zu einem rechtmäßigen Ergebnis führt, die Behörde also keinen Ermessensspielraum mehr hat. Fallgruppen:

- Es existieren keinerlei Gegengründe, die gegen die Entscheidung sprechen oder die Gegengründe sind von so geringem Gewicht, dass es offensichtlich fehlerhaft wäre, auf sie abzustellen.
- Selbstbindung der Verwaltung (Art. 3 Abs. 1 GG)
- Kettenverwaltungsakte
- Wirksame Zusicherung nach § 38 VwVfG

Beispiele: Ordnungsrecht: Ermessensreduzierung bei hoher Intensität der Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit (Beeinträchtigung hochrangiger Rechtsgüter wie Leben oder Gesundheit)⁷¹; Straßenrecht: Sondernutzungserlaubnis für das Aufstellen von Wahlplakaten.⁷²

Rspr.: Der Kläger, ein Journalist, begehrt Zugang zu Informationen des Bundesrechnungshofs. Im Dezember 2014 beantragte er, ihm mitzuteilen, welche Prüfungen der Bundesrechnungshof in den Jahren 2013 und 2014 in den Etats des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit, der Bundeskanzlerin und des Bundeskanzleramts durchgeführt habe. Er bat um Übersendung einer einfachen vollständigen Liste, aus der hervorgehe, was und wer genau geprüft worden sei. Die Beklagte lehnte den Antrag ab. Daraufhin erhob der Kläger Verpflichtungsklage.

„Endprodukte‘ dieser Tätigkeit in Gestalt abschließend festgestellter Prüfungsergebnisse sowie vom Parlament abschließend beratener Berichte sind nach § 96 Abs. 4 Satz 1 und 2 BHO grundsätzlich zugänglich. Im Rahmen des ihm insoweit eröffneten Ermessens kann und muss der Bundesrechnungshof dem hohen Rang der Pressefreiheit, die für die freiheitliche demokratische Grundordnung konstituierend ist, angemessenen Rechnung tragen. Mit dem OVG ist deshalb bei Informationsbegehren von Presseangehörigen grundsätzlich von einer Ermessensreduzierung auf null auszugehen, sofern nicht im Einzelfall der Zugangsgewährung ein überwiegendes privates oder öffentliches Vertraulichkeitsinteresse entgegensteht.“⁷³

⁷⁰ Beispiele: BVerwG, Urteil vom 14.03.1984, Az. 6 C 107/82, NVwZ 1984, 727 (728); BVerwG, Urteil vom 30.09.2009, Az. 5 C 32/08, NJW 2010, 2074 (2077).

⁷¹ OVG NRW, Beschluss vom 02.07.2020, Az. 15 A 2100/18, BeckRS 2020, 17888.

⁷² OVG NRW, Beschluss vom 10.09.2020, Az. 11 B 1353/20, BeckRS 2020, 33723.

⁷³ BVerwG, Urteil vom 28.10.2021, Az. 10 C 5/20, NVwZ 2022, 555 (558) Rn. 27.

e) Folgen von Ermessensfehlern

Ein VA, der unter einem Ermessensfehler leidet, ist grundsätzlich rechtswidrig, wenn der Ermessensfehler nicht ausnahmsweise unbeachtlich ist.

Ausnahmsweise unbeachtlich sind Ermessensfehlergebrauch und Ermessensnichtgebrauch, wenn das behördliche Ermessen auf null reduziert ist, also der VA erlassen werden musste. Dann nämlich ist der VA rechtmäßig und kann gerichtlich nicht aufgehoben werden, da die fehlerfreie Ermessensausübung an der Verpflichtung, den VA zu erlassen, nichts geändert hätte.

Eine weitere Ausnahme liegt vor, wenn die Regelung des VA innerhalb behördlichen Ermessens liegt und objektiv zweifelsfrei feststeht, dass die Behörde auch ohne Ermessensfehler entsprechend entschieden hätte.⁷⁴ Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen dieser Ausnahme liegt bei der Behörde.

Zuletzt sind Ermessensfehler unbeachtlich, wenn

- bei mehreren ermessensfehlerhaften Begründungen eine ermessensfehlerfreie Begründungsalternative vorliegt, die den VA trägt;
- die Behörde entsprechend § 114 Satz 2 VwGO zulässigerweise Ermessenserwägungen nachgeschoben hat, die eine ermessensfehlerfreie Begründungsalternative darstellen und den VA allgemein tragen.

aa) Anfechtungssituation

Falls der Kläger eine Anfechtungsklage erhoben hat und der VA an einem Ermessensfehler leidet, muss er vom Gericht aufgehoben werden, wenn er aufgrund seiner Rechtswidrigkeit in die Rechte des Klägers eingreift (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

bb) Verpflichtungssituation

Ein Anspruch auf die Vornahme oder Nichtvornahme einer bestimmten Entscheidung besteht bei Ansprüchen, welche auf Erlass einer Ermessensentscheidung gerichtet sind, nicht. Grundsätzlich hat der Betroffene aber einen Anspruch darauf, dass die Behörde eine ermessensfehlerfreie Entscheidung trifft. Anderes gilt nur, wenn das behördliche Ermessen im Einzelfall auf null reduziert ist.⁷⁵

Daraus folgt, dass der Anspruch des Bürgers auf Erlass einer ermessensfehlerfreien Entscheidung nicht erfüllt wird, wenn die Behörde ermessensfehlerhaft entscheidet/entschieden hat. Hat der Kläger bei Vorliegen einer ermessensfehlerhaften Ablehnung eine Verpflichtungsklage erhoben (*Ver-sagungsgegenklage*), unterliegt die Behörde im Prozess und wird zur erneuten Entscheidung über

⁷⁴ BVerwG, Urteil vom 26.11.1987, Az. 2 C 53.86, DVBl 1988, 687 (688).

⁷⁵ Vgl. hierzu OVG Münster, Urteil vom 17.05.1983, Az. 7 A 330/81, NJW 1984, 883.

das Begehren des Bürgers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts verurteilt (*Beschheidungsurteil*, § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO).

VII. Nebenbestimmungen zum VA⁷⁶

Nebenbestimmungen sind behördliche Anordnungen, welche einem VA beigefügt werden, um ihn sachlich oder zeitlich zu beschränken. Der Erlass von Nebenbestimmungen richtet sich – sofern nicht spezialgesetzlich geregelt – nach § 36 VwVfG.

1. Arten

In § 36 Abs. 2 VwVfG werden fünf Arten von Nebenbestimmungen geregelt:

Befristung: Nach § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG handelt es sich bei der Befristung um eine Nebenbestimmung, der zufolge die Wirksamkeit des VA in zeitlicher Hinsicht modifiziert wird. Die Befristung kann *aufschiebend* (z. B. ab 01.01.2022), *auflösend* (z. B. bis zum 31.12.2022) oder in Form einer *Zeitraumbefristung* (z. B. ab 06.10.2021 bis zum 06.02.2022) ergehen.

Bedingung: Eine Bedingung ist eine Bestimmung, welche die Wirksamkeit der Regelung an den ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses knüpft. Eine Bedingung ist *aufschiebend*, wenn die Wirksamkeit mit Eintritt des Ereignisses beginnt; sie ist *auflösend*, wenn sie mit Eintritt des Ereignisses wegfällt.

Widerrufsvorbehalt: Mit einem Widerrufsvorbehalt behält sich die Behörde vor, den erlassenen VA zu einem späteren Zeitpunkt zu widerrufen.

Auflage: Mit der Auflage kann dem Adressaten eines begünstigenden VA ein Tun, Dulden oder Unterlassen auferlegt werden.⁷⁷

Auflagenvorbehalt: Der Auflagenvorbehalt dient dazu, der Behörde die Möglichkeit zu erhalten, zu einem späteren Zeitpunkt Auflagen aufzunehmen, zu ändern oder zu ergänzen.

2. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen

Klassisches Problem im Zusammenhang mit Nebenbestimmungen ist die Frage nach den zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen: Kann eine Nebenbestimmung isoliert vom Haupt-VA angefochten werden, oder muss Verpflichtungsklage auf Erlass eines nebenbestimmungsfreien VA erhoben werden?

⁷⁶ Siehe dazu *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2012, 699; Fall 9 bei *Ernst/Kämmerer*, Fälle zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2021, S. 128 ff.

⁷⁷ Zur Abgrenzung von Bedingung und Widerrufsvorbehalt: *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG*, 10. Auflage 2023, § 36 Rn. 86 ff.

Das BVerwG hat entschieden, dass jede Nebenbestimmung isoliert mit einer sog. *Teilanfektungsklage* anfechtbar ist, sofern sie vom Haupt-VA *im logischen Sinne teilbar* ist.⁷⁸ Die logische Teilbarkeit wird verneint, wenn eine Inhaltsbestimmung vorliegt.⁷⁹ Die Abgrenzung zwischen Neben- und Inhaltsbestimmung erfolgt anhand der Leitfrage: Handelt es sich um eine zusätzliche Regelung zu einem inhaltlich bestimmten Haupt-VA oder legt die Regelung erst den Gegenstand oder die Grenzen des Haupt-VA fest? Hier ist der materiell-rechtliche Gehalt der Regelung aus der Sicht eines objektiven Empfängers maßgeblich. Dabei ist dieses Merkmal weit auszulegen: Eine Anfechtungsklage sei nur dann unzulässig, wenn die isolierte Aufhebbarkeit „von Vornherein und offensichtlich“ ausscheidet.⁸⁰

Beispiel Inhaltsbestimmung: Bei Inhaltsbestimmungen bzgl. einer Baugenehmigung ist dem Bauherren das Vorhaben nur dann erlaubt, wenn er sich an die konkrete Genehmigung hält (Höhe, Dachform etc.).

Gleichzusetzen mit der Inhaltsbestimmung ist die modifizierende Auflage, wenn zwar keine unmittelbare Inhaltsbestimmung getroffen wird, aber der Inhalt des Haupt-VA durch die „Auflage“ unmittelbar bestimmt wird.

Beispiel modifizierende Auflage: Bei einer Baugenehmigung mit Lärmschutzaufgabe wird zwar keine konkrete Inhaltsbestimmung bzgl. Maße, verwendetes Material etc. getroffen, jedoch durch einen maximalen ausgehenden Lärmpegel der Anlage der Haupt-VA unmittelbar bestimmt.

Exkurs Begründetheit: Zu differenzieren ist hier zwischen der Anfechtbarkeit und der Aufhebbarkeit: Die Isolierte **Aufhebbarkeit** wird selbst bei inhaltlicher prozessualer logischer Teilbarkeit mit Verweis auf Art. 20 Abs. 3 GG auch dann in der **Begründetheit** verneint, wenn der bestehende Teil des Haupt-VA ohne die Nebenbestimmung rechtswidrig wäre.⁸¹ Das schließt jedoch die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage nicht aus.

BVerwG 8. Senat: Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit von Nebenbestimmungen zu einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis. Mit Bescheid vom 10.11.2014 erlaubte der Beklagte dem Kläger die bundesweite Veranstaltung und den Eigenvertrieb einer Fernsehlotterie für den Zeitraum 01.01.2015 – 31.12.2019 mit wöchentlichen Einzelziehungen in mehreren Loskategorien und einer garantierten Gewinnausschüttungsquote von 30 % sowie den Eigenvertrieb seines Glücksspielangebots im Internet. Der Erlaubnis fügte er zahlreiche Nebenbestimmungen bei. Der Kläger erhob Anfechtungsklage gegen mehrere dieser Nebenbestimmungen.

„[...] Eine belastende Nebenbestimmung, die einem begünstigenden Verwaltungsakt beigelegt wird, darf vielmehr im Anfechtungsprozess **nur dann isoliert aufgehoben werden, wenn der verbleibende Verwaltungsakt für sich genommen rechtmäßig ist**. Nur dann kann dieser im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG rechtmäßigerweise bestehen bleiben. Ob und in welchem Umfang ein mit der Klage angegriffener Verwaltungsakt aufgehoben wird, richtet sich nach dem materiellen Recht, nach dem sich auch die Frage beantwortet, ob ein an die Verwaltung gerichtetes Leistungsbegehren sachlich begründet ist. [...]“⁸²

BVerwG 4. Senat: Das in der Nähe der Bundesautobahn A 3 errichtete Vorhaben liegt innerhalb der Bauverbotszone nach § 9 Abs. 1 FStrG. Im Dezember 2015 erteilte der zuständige Landesbetrieb Straßenbau NRW dem Kläger eine bis Ende November 2016 befristete Ausnahme vom fernstraßenrechtlichen Bauverbot. Die Baugenehmigung vom 02.03.2016 wurde ebenfalls bis Ende November 2016 befristet. Mit seiner dagegen gerichteten Klage begehrte der Kläger unter anderem die

⁷⁸ BVerwG, Beschluss vom 17.07.1995, Az. 1 B 23/95, NVwZ-RR 1996, 20; BVerwG, Beschluss vom 29.03.2022, Az. 4 C 4/20, NVwZ 2022, 1798 (1799) Rn. 8; BVerwG, Urteil vom 06.11.2019, Az. 8 C 14/18, NVwZ 2021, 163 Rn. 13; Vgl. BVerwG, Urteil vom 22.11.2000, Az. 11 C 2.00, BVerwGE 112, 221.

⁷⁹ BVerwG 69, 37, 39

⁸⁰ BVerwG, Urteil vom 06.11.2019, Az. 8 C 14/18, NVwZ 2021, 163 (164).

⁸¹ BVerwG, Urteil vom 06.11.2019, Az. 8 C 14/18, NVwZ 2021, 163 (164).

⁸² BVerwG, Urteil vom 06.11.2019, Az. 8 C 14/18, NVwZ 2021, 163 (164) Rn. 19.

Aufhebung der Befristung sowie hilfsweise die Verpflichtung der Beklagten zum Erlass einer unbefristeten Baugenehmigung.

„[Den Erwägungen des 8. Senats] möchte sich der 4. Senat nicht anschließen. Das **subjektive Recht**, dessen Verletzung den materiell-rechtlichen Aufhebungsanspruch begründet, ist nicht der Anspruch auf die Begünstigung, sondern die durch den **wirksamen** begünstigenden Verwaltungsakt vermittelte Rechtsposition. Auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt verleiht dem Begünstigten eine schutzwürdige Rechtsposition und damit ein subjektives öffentliches Recht. Dieses Recht ist bei zulässiger isolierter Anfechtung einer belastenden Nebenbestimmung nur unter den Voraussetzungen des § 48 VwVfG aufhebbar, der das Ermessen der Verwaltung durch ein rechtsstaatliches Abwägungsprogramm zwischen Vertrauensschutz und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung begrenzt. Es wird durch eine rechtswidrige Nebenbestimmung auch dann beeinträchtigt, wenn diese zusammen mit dem Verwaltungsakt erlassen wurde. Sofern die Nebenbestimmung materiell-rechtlich von dem Verwaltungsakt getrennt werden kann, besteht daher ein Anspruch auf ihre Aufhebung.

Einem umfassenden Zugriff auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes stehen auch dessen **Bestandskraft und Bindungswirkung** entgegen. Bei isolierter Anfechtung einer Nebenbestimmung wird der Verwaltungsakt im Übrigen bestandskräftig. Damit ist er der inzidenten gerichtlichen Kontrolle grundsätzlich entzogen. [...] Im Anfechtungsprozess gegen die belastende Nebenbestimmung kann dem Kläger die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts daher nicht entgegengehalten werden. [...]

Der Maßstab des 8. Senats entwertet den **Rechtsschutz gegen belastende Nebenbestimmungen**. Vordergründig lässt er den Streitgegenstand der isolierten Anfechtungsklage unberührt. Mittelbar wirkt er sich darauf dennoch aus. Nach dem bisherigen Maßstab wird in der Begründetheit zunächst die Rechtmäßigkeit der Nebenbestimmung geprüft. Nur für den Fall ihrer Rechtswidrigkeit kommt es sodann auf die Frage der Trennbarkeit vom Verwaltungsakt an. Diese zwingende Reihenfolge wird aufgegeben, wenn die isolierte Aufhebbarkeit voraussetzt, dass der verbleibende Verwaltungsakt für sich genommen rechtmäßig ist. Die Schwerpunktsetzung bleibt dann der richterlichen Rechtsanwendung im Einzelfall überlassen. Wird der Fokus auf den Verwaltungsakt gelegt und erweist dieser sich als rechtswidrig, ist eine gerichtliche Prüfung der angefochtenen Nebenbestimmung nicht mehr erforderlich. Damit geht das eigentliche Rechtsschutzanliegen der isolierten Anfechtungsklage ins Leere. Im Hinblick auf das **Gebot effektiven Rechtsschutzes** ist es daher weder geboten noch angemessen, dem Anfechtungsprozess gegen die Nebenbestimmung die Sanktionslast für sonstige Mängel des Verwaltungsakts aufzubürden, zumal der rechtswidrige Verwaltungsakt in diesem Prozess nicht beseitigt werden kann. [...] Die Entscheidung darüber, ob der verbleibende Verwaltungsakt nach § 48 VwVfG aufgehoben werden soll, obliegt der zuständigen Behörde.

Eine inzidente Vollprüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts im Rahmen der isolierten Anfechtungsklage ist auch wegen der **präjudiziellen Wirkung des Urteils** für eine nachfolgende Klage gegen die Rücknahme des rechtswidrigen Verwaltungsakts nicht veranlasst. Bei unterschiedlichen Streitgegenständen tritt eine Bindung nach § 121 VwGO ein [...]. Würde – wovon wohl auszugehen ist – die entscheidungstragende Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts von der Rechtskraft des die isolierte Anfechtungsklage abweisenden Urteils umfasst, wäre der Streitstoff bei einer Klage gegen die Rücknahme auf die Frage der Ermessensausübung beschränkt. Der Begünstigte wird damit einem prozessualen Risiko ausgesetzt, das durch die Möglichkeit einer isolierten Anfechtung gerade vermieden werden soll.

Der Maßstab des 8. Senats stellt die mit der inzwischen gefestigten Rechtsprechung zur isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen erreichte Vereinfachung und **Rechtssicherheit** infrage. Der praktische Vorzug der isolierten Anfechtungsklage besteht gerade darin, dass sich der Prozessstoff und der Prüfungsumfang auf die Nebenbestimmung und ihre Trennbarkeit vom Verwaltungsakt beschränken. Eine Vollprüfung der Rechtmäßigkeit ist bei komplexen Genehmigungen oder Planfeststellungsbeschlüssen kaum zu leisten. Der Prüfaufwand für den Verwaltungsakt dürfte in solchen Fällen regelmäßig außer Verhältnis zum Gegenstand der Nebenbestimmung stehen. [...].⁸³

3. Rechtmäßigkeitsprüfung im Rahmen der Teilanfechtungsklage

Die Teilanfechtungsklage ist begründet, soweit die Nebenbestimmung rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wird. Bei der Prüfung ist zwischen den verschiedenen HauptVAen (gebundene oder Ermessensentscheidung) zu differenzieren:

⁸³ BVerwG, Beschluss vom 29.03.2022, Az. 4 C 4/20, NVwZ 2022, 1798 (1799-1800) Rn. 11-17.

a) **Gebundene Entscheidung**

Handelt es sich um eine gebundene Entscheidung, so sind Nebenbestimmungen gem. § 36 Abs. 1 VwVfG nur rechtmäßig, sofern sie sicherstellen sollen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Haupt-VA erfüllt werden. Hypothetisch muss hier also geprüft werden, ob die Tatbestandsvoraussetzungen auch dann erfüllt wären, wenn der mit der zusätzlichen Regelung bezweckte Erfolg nicht eintritt. Ein Beispiel für eine zulässige Nebenbestimmung ist die Auflage der Sicherung der Erschließung eines Grundstücks als zusätzliche Regelung einer Baugenehmigung (§ 74 Abs. 1, Abs. 3 BauO NRW).

b) **Ermessensentscheidung**

Handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, so sind Nebenbestimmungen in den Grenzen des pflichtgemäßen Ermessens zulässig, § 36 Abs. 2 VwVfG. Ein Beispiel für eine zulässige Nebenbestimmung ist die aufschiebend bedingte Aufnahme in ein Postgraduiertenprogramm anknüpfend an das Bestehen der Abschlussprüfung des Erststudiums.

VIII. Aufhebung von Verwaltungsakten

Die Behörde, die einen VA erlassen hat, kann diesen VA gemäß der §§ 48, 49, 51 VwVfG aufheben.⁸⁴

1. Allgemeines

Soweit die Behörde einen rechtswidrigen VA aufheben will, richtet sich dies nach § 48 VwVfG und wird als **Rücknahme** bezeichnet. Will die Behörde einen rechtmäßigen VA aufheben, richtet sich dies nach § 49 VwVfG und wird **Widerruf** genannt.

Innerhalb der Tatbestände der §§ 48 und 49 VwVfG wird zwischen Rücknahme/Widerruf eines belastenden VA (§ 48 Abs. 1 Satz 1 respektive § 49 Abs. 1 VwVfG) und Rücknahme/Widerruf eines begünstigenden VA (§ 48 Abs. 1 Satz 2, Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 bis 4 respektive § 49 Abs. 2 bis 4 VwVfG) unterschieden.

Die Aufhebung des VA steht im Ermessen der Behörde. Die Regelungen der §§ 48 und 49 VwVfG gelten sowohl für bestandskräftige (also nicht mehr anfechtbare) als auch für nicht bestandskräftige VAe.

Statthafte Klageart gegen die Rücknahme oder den Widerruf eines VA ist regelmäßig die Anfechtungsklage. Angegriffen wird die Aufhebung, die nach der *actus-contrarius*-Lehre selbst ein VA ist.⁸⁵

⁸⁴ Siehe zu der Thematik im Ganzen z. B. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage 2020, § 11.

⁸⁵ Vgl. hierzu das Skript zum Verwaltungsprozessrecht.

2. Rechtmäßiger/rechtswidriger Verwaltungsakt

Ein VA ist rechtswidrig, wenn er gegen höherrangiges Recht verstößt. Soweit er gegen Verwaltungsvorschriften verstößt, ist er nur rechtswidrig, soweit diese ausnahmsweise Außenwirkung haben oder ihre Nichtbeachtung gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.⁸⁶

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der Rechtmäßigkeit bzw. der Rechtswidrigkeit bei der Aufhebung von VAen gem. §§ 48, 49 VwVfG⁸⁷ ist der Erlass des VA. Ändert sich beispielsweise die Rechts- oder Sachlage nach Erlass eines rechtmäßigen VA, sodass dessen Erlass nun rechtswidrig wäre, so kann ihn die Behörde dennoch nur widerrufen, § 49 VwVfG.⁸⁸

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz greift, wenn eine nach VA-Erlass erfolgte Rechtsänderung aus besonderen Gründen auf den Zeitpunkt des VA-Erlasses zurückwirkt. Dann wird der Ausgangs-VA rückwirkend rechtswidrig und eine Aufhebung muss gem. § 48 VwVfG erfolgen.

Eine weitere Ausnahme bilden die Fälle, in denen der VA auf eine laufende behördliche Geldleistung gerichtet ist und die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt wegfallen (Änderung der Sachlage): Dann richtet sich ab dem Zeitpunkt des Wegfalls der tatbestandlichen Voraussetzungen die Aufhebung des Ausgangs-VA nach § 48 VwVfG, soweit dieser durch die Änderung der Sachlage rechtswidrig wird.

Eine weitere Besonderheit betrifft sog. *Dauer-VAe*: Ein ursprünglich rechtmäßig erlassener Dauer-VA kann rechtswidrig werden, da an seiner Stelle eigentlich regelmäßig ein neuer VA erlassen werden könnte. In diesen Fällen ist der maßgebliche Zeitpunkt für die Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA die letzte mündliche Verhandlung.

Zu beachten ist zudem, dass ein materielles Gesetz, welches durch das BVerfG, ein LVerfG oder OVG für nichtig bzw. ungültig erklärt wird, *ex tunc* rechtswidrig bzw. nichtig ist. Derartige gerichtliche Entscheidungen sind rein deklaratorischer Natur, d. h. sie stellen die schon vorher bestehende Rechtslage verbindlich fest. Somit sind auch die auf diesem Gesetz beruhenden VAe bereits im Zeitpunkt ihres Erlasses – mangels wirksamer Ermächtigungsgrundlage – rechtswidrig.

3. Belastender/begünstigender Verwaltungsakt

Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen belastenden und begünstigenden VAen ist die Sicht des Betroffenen: Wird ein belastender VA aufgehoben, um einen noch intensiver belastenden VA zu erlassen, gelten die Vorschriften über die Aufhebung eines begünstigenden VA.

⁸⁶ Verwaltungsvorschriften enthalten Vorgaben für die behördeninterne Organisation oder bestimmen die Art und Weise wie Verwaltungsaufgaben erledigt werden sollen. Vgl. hierzu *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2016, 314.

⁸⁷ Dies gilt nur im Rahmen der Aufhebung von VAen. Normalerweise ist für die Feststellung der Rechtswidrigkeit von VAen der Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung maßgebend. Siehe dazu *Decker*, in: BeckOK VwGO, § 113 Rn. 22; vgl. hierzu auch das Skript zum Verwaltungsprozessrecht.

⁸⁸ Siehe dazu *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage 2023, § 10 Rn. 680 ff.; *Müller*, in: BeckOK VwVfG, 59. Edition 2022, § 48 Rn. 31 ff.

Umgekehrt gelten die Vorschriften über die Aufhebung eines belastenden VA, soweit ein begünstigender VA aufgehoben wird, um einen noch stärker begünstigenden VA zu erlassen.

Soweit ein begünstigender VA eine belastende Drittwirkung entfaltet oder ein belastender VA eine begünstigende Drittwirkung, richtet sich die Bewertung, ob es sich um einen belastenden oder begünstigenden VA handelt, nach der Sicht des Adressaten des VA.

4. Aufhebung gegenüber dem richtigen Adressaten

Die Aufhebung von VAen muss gegenüber dem richtigen Adressaten erfolgen. In aller Regel ist dies der Adressat des ursprünglichen VA.

Ausnahmsweise kann ein begünstigender VA auch gegenüber einem Dritten aufgehoben werden. Dazu muss dieser „Begünstigter“ des VA sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Zuwendungsbescheid eine Verpflichtung enthält, die Zuwendung an einen Dritten weiterzuleiten.

Unstreitig kann ein VA auch gegenüber dem Gesamtrechtsnachfolger des ursprünglichen Adressaten aufgehoben werden.

5. Prüfungsschemata⁸⁹

Damit ergeben sich für die Aufhebung von VAen vier verschiedene Konstellationen:

- Rücknahme von rechtswidrigen belastenden VAen,
- Rücknahme von rechtswidrigen begünstigenden VAen,
- Widerruf von rechtmäßigen belastenden VAen und
- Widerruf von rechtmäßigen begünstigenden VAen.

Daraus ergeben sich folgende Prüfungsschemata für die Begründetheit der Anfechtungsklage gegen die Aufhebung eines VA:

a) Rücknahme von rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakten

1. Ermächtigungsgrundlage für den Rücknahme-VA (§ 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG)
2. Formelle Rechtmäßigkeit des Rücknahme-VA
 - a. Zuständige Behörde
 - b. Ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren

⁸⁹ Hierzu *Kruse*, ZJS 2017, 212 und die Fälle 10, 11 bei *Ernst/Kämmerer*, Fälle zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2021, S. 128 ff.

- c. Form
3. Materielle Rechtmäßigkeit des Rücknahme-VA
- a. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage
 - aa. Rechtswidrigkeit des Ausgangs-VA
 - (1) Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des Ausgangs-VA
 - (2) Formelle Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA
 - (a) Zuständige Behörde
 - (b) Ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren
 - (c) Form
 - (3) Materielle Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA
 - (a) Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage des Ausgangs-VA
 - (b) Hinreichende Bestimmtheit des Ausgangs-VA
 - (c) Richtiger Adressat des Ausgangs-VA
 - (d) Verhältnismäßigkeit/Ermessen hinsichtlich des Ausgangs-VA
 - bb. Belastende Regelung des Ausgangs-VA
 - b. Hinreichende Bestimmtheit des Rücknahme-VA
 - c. Richtiger Adressat des Rücknahme-VA
 - d. Verhältnismäßigkeit/Ermessen hinsichtlich des Rücknahme-VA
- b) Rücknahme von rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakten**
- 1. Ermächtigungsgrundlage für den Rücknahme-VA (§ 48 Abs. 1 Satz 2, Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 bis 4 VwVfG)
 - a. Formelle Rechtmäßigkeit des Rücknahme-VA
 - aa. Zuständige Behörde
 - bb. Ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren
 - cc. Form
 - b. Materielle Rechtmäßigkeit des Rücknahme-VA

aa. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage des Rücknahme-VA

(1) Rechtswidrigkeit des Ausgangs-VA

(a) Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des Ausgangs-VA

(b) Formelle Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA

(aa) Zuständige Behörde

(bb) Ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren

(cc) Form

(c) Materielle Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA

(aa) Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage des Ausgangs-VA

(bb) Hinreichende Bestimmtheit des Ausgangs-VA

(cc) Richtiger Adressat des Ausgangs-VA

(dd) Verhältnismäßigkeit/Ermessen hinsichtlich des Ausgangs-VA

(2) Begünstigende Regelung des Ausgangs-VA

(3) Kein schutzwürdiges Vertrauen des betroffenen Bürgers in den Bestand des Ausgangs-VA (§ 48 Abs. 2 Satz 1 VwVfG)

(4) Jahresfrist (§ 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG)

bb. Hinreichende Bestimmtheit des Rücknahme-VA

cc. Richtiger Adressat des Rücknahme-VA

dd. Verhältnismäßigkeit/Ermessen hinsichtlich des Rücknahme-VA

c) Widerruf von rechtmäßigen belastenden Verwaltungsakten

1. Ermächtigungsgrundlage für den Widerrufs-VA (§ 49 Abs. 1 VwVfG)

2. Formelle Rechtmäßigkeit des Widerrufs-VA

a. Zuständige Behörde

b. Ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren

c. Form

3. Materielle Rechtmäßigkeit des Widerrufs-VA
 - a. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage des Widerrufs-VA
 - aa. Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA
 - (1) Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des Ausgangs-VA
 - (2) Formelle Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA
 - (a) Zuständige Behörde
 - (b) Ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren
 - (c) Form
 - (3) Materielle Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA
 - (a) Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage des Ausgangs-VAs
 - (b) Hinreichende Bestimmtheit des Ausgangs-VA
 - (c) Richtiger Adressat des Ausgangs-VA
 - (d) Verhältnismäßigkeit/Ermessen hinsichtlich des Ausgangs-VA
 - bb. Belastende Regelung des Ausgangs-VA
 - b. Hinreichende Bestimmtheit des Widerrufs-VA
 - c. Richtiger Adressat des Widerrufs-VA
 - d. Verhältnismäßigkeit/Ermessen hinsichtlich des Widerrufs-VA
- d) Widerruf von rechtmäßigen begünstigenden Verwaltungsakten**
 1. Ermächtigungsgrundlage für den Widerrufs-VA (§ 49 Abs. 2 VwVfG)
 2. Formelle Rechtmäßigkeit des Widerrufs-VA
 - a. Zuständige Behörde
 - b. Ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren
 - c. Form
 3. Materielle Rechtmäßigkeit des Widerrufs-VA
 - a. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage des Widerrufs-VA
 - aa. Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA

- (1) Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des Ausgangs-VA
 - (2) Formelle Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA
 - (a) Zuständige Behörde
 - (b) Ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren
 - (c) Form
 - (3) Materielle Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA
 - (a) Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage des Ausgangs-VA
 - (b) Hinreichende Bestimmtheit des Ausgangs-VA
 - (c) Richtiger Adressat des Ausgangs-VA
 - (d) Verhältnismäßigkeit/Ermessen hinsichtlich des Ausgangs-VA
- bb. Begünstigende Regelung des Ausgangs-VA
 - cc. Vorliegen eines der Widerrufsgründe des § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 5 VwVfG
 - dd. Jahresfrist (§ 49 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG)
- b. Hinreichende Bestimmtheit des Widerrufs-VA
 - c. Richtiger Adressat des Widerrufs-VA
 - d. Verhältnismäßigkeit/Ermessen hinsichtlich des Widerrufs-VA

6. Rücknahme von rechtswidrigen Verwaltungsakten

a) Belastender Verwaltungsakt

Wie dem obigen Prüfungsschema zu entnehmen ist, enthält die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen für die Rücknahme eine **vollständige Rechtmäßigkeitsprüfung** des zurückzunehmenden VA (Ausgangs-VA). Abgesehen von dieser Schachtelprüfung ergeben sich in dieser Konstellation keine Besonderheiten.

b) Begünstigender Verwaltungsakt

Bei der Rücknahme von begünstigenden VAen sind die folgenden Besonderheiten zu beachten:

aa) Vertrauensschutz

Damit die materielle Rechtmäßigkeit der Rücknahme des VA nicht wegen Vertrauensschutzes ausgeschlossen ist, muss einer der folgenden drei Fälle vorliegen:

- Der Betroffene kann sich überhaupt *nicht auf den Vertrauensschutz berufen*,
- er hat *nicht auf den Bestand des Ausgangs-VA vertraut* oder
- das *Vertrauen*, das der Betroffene auf den Bestand des Ausgangs-VA setzte, ist *nach Abwägung mit dem öffentlichen Rücknahmeinteresse nicht schutzwürdig*.

(1) Ausschlussgründe des § 48 Abs. 2 Satz 3 VwVfG

Auf Vertrauensschutz kann sich der begünstigte Bürger nicht berufen, wenn einer der in § 48 Abs. 2 Satz 3 VwVfG genannten Tatbestände erfüllt ist. Liegt ein solcher Fall vor, ist die Prüfung des Vertrauensschutzes an dieser Stelle beendet und die Rücknahme ist insoweit rechtmäßig. Darüber hinaus wird die Rechtsfolge des § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG in Form einer Soll-Vorschrift eingeschränkt (§ 48 Abs. 2 Satz 4 VwVfG). In den Fällen des § 48 Abs. 2 Satz 3 VwVfG ist der Ausgangs-VA i. d. R. mit *ex-tunc*-Wirkung zurückzunehmen. Es sind gravierende Umstände notwendig, um keine Rücknahme des VA oder lediglich eine Rücknahme mit *ex-nunc*-Wirkung zu erreichen.

(2) Kein tatsächliches Vertrauen auf den Bestand des Ausgangs-VA, § 48 Abs. 2 Satz 1 VwVfG

In der Regel hat der Betroffene auf den Bestand des Ausgangs-VA vertraut. Etwas Anderes kommt nur dann in Betracht, wenn er von dem Erlass des Ausgangs-VA noch keine Kenntnis hatte oder er Erklärungen abgegeben hat, aus denen objektiv zu entnehmen ist, dass er an der Richtigkeit des Ausgangs-VA zweifelt (z. B. die ihm zugebilligte Summe zu hoch sei). Liegt kein Vertrauen auf den Bestand des Ausgangs-VA vor, ist die Rücknahme insoweit rechtmäßig.

(3) Keine Schutzwürdigkeit des Vertrauens unter Abwägung mit dem öffentlichen Rücknahmeinteresse, § 48 Abs. 2 Satz 1 VwVfG

§ 48 Abs. 2 Satz 2 VwVfG normiert eine gesetzliche Vermutung für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens, soweit der Betroffene dieses objektiv betätigt hat.

Objektiv betätigt ist das Vertrauen, wenn die gewährte Leistung verbraucht wurde oder der Betroffene im Vertrauen auf den Bestand des Ausgangs-VA eine Vermögensdisposition getroffen hat, die nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig gemacht werden kann.

Ein **Verbrauch einer Leistung** liegt *nicht* vor, wenn sich das durch die Leistung Erlangte bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise noch im Vermögen des Begünstigten befindet. Diese Prüfung orientiert sich an den zu § 818 Abs. 3 BGB entwickelten Maßstäben (beispielsweise der Saldotheorie), d. h., dass das durch die Leistung Erlangte bspw. dann nicht verbraucht ist, wenn es zur Schuldentilgung verwendet wurde oder hierdurch Aufwendungen aus dem übrigen Vermögen erspart

wurden.⁹⁰

Eine **Vermögensdisposition** ist jedes Verhalten, das Auswirkungen auf den Vermögensstand hat. Eine solche Vermögensdisposition ist nicht mehr oder nur unter Hinnahme unzumutbarer Nachteile rückgängig zu machen, wenn z. B. das einschlägige Zivilrecht einer Rückabwicklung entgegensteht oder wenn die Rückabwicklung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise mit ganz erheblichen Verlusten verbunden wäre.⁹¹

Soweit das Vertrauen des Betroffenen schutzwürdig ist, muss eine Abwägung des schutzwürdigen Vertrauens des Betroffenen mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme erfolgen, wobei allerdings nach der Vermutung des § 48 Abs. 2 Satz 2 VwVfG regelmäßig das Vertrauen des Betroffenen gegenüber dem öffentlichen Interesse überwiegt.

In die Abwägung sind insbesondere der Grad der Rechtswidrigkeit des VA und die Auswirkungen einer Rücknahme oder Nichtrücknahme auf den Betroffenen und auf Dritte einzubeziehen. Soweit eine Ausnahme vorliegt und das öffentliche Interesse überwiegt, steht der Vertrauensschutz einer Rücknahme nicht im Weg.

Exkurs: Sowohl Behörden als auch Gemeinden (oder andere Körperschaften des Öffentlichen Rechts) können sich grundsätzlich nicht auf Vertrauensschutz berufen, da sie an den Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung gebunden sind.

bb) Jahresfrist

Belastende VAe können ohne die Einhaltung einer Frist zurückgenommen werden.

Für **begünstigende VAe** gilt eine einjährige Rücknahmefrist, die ab dem Zeitpunkt der Kenntnis der Behörde von den die Rechtswidrigkeit des Ausgangs-VA begründenden Tatsachen zu laufen beginnt, § 48 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 4 VwVfG, § 49 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 48 Abs. 4 VwVfG.

Streitig ist, in welchem Zeitpunkt **Kenntnis der Behörde** vorliegt und auf welche Tatsachen sich die Kenntnis beziehen muss. Nach dem BVerwG ist dies grundsätzlich dann der Fall, wenn der innerhalb der Behördenorganisation zuständige Sachbearbeiter die Rechtswidrigkeit des VA *tatsächlich erkannt hat* und alle für die Ausübung des Rücknahmeermessens relevanten Tatsachen kennt.⁹² Das bedeutet, dass die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme (z. B. aus den Akten des zuständigen Sachbearbeiters) nicht ausreicht. Deutlicher: Selbst grob fahrlässige Unkenntnis (Kenntnismüssen) – z. B. aufgrund fehlender Akteneinsicht – schadet nicht.

Tatsachen sind Begebenheiten der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind. Im Kontext von § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG umfasst der Begriff der Tatsachen nach Ansicht des BVerwG ausnahmsweise auch Rechtsanwendungsfehler:

Rspr.: Nach Ablauf von über einem Jahr haben zwei Behörden begünstigende VAe (teilweise) zurückgenommen. Fraglich

⁹⁰ Siehe dazu vertiefend Müller, in: BeckOK VwVfG, 59. Edition 2022, § 48 Rn. 63 f.

⁹¹ Siehe dazu auch die Beispiele bei Kopp/Ramsauer, VwVfG, 23. Auflage 2022, § 48 Rn. 109.

⁹² BVerwG, Urteil vom 25.05.2022, Az. 8 C 11.21, NVwZ 2022, 1912, Rn. 18.

war, ob § 48 Abs. 4 Satz 1 des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (inhaltsgleich zu § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG) der Rücknahme entgegenstand. Das BVerwG entschied, dass § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG auch Fälle erfasst, „in denen die Behörde bei voller Kenntnis des entscheidungserheblichen Sachverhalts unrichtig entschieden hat“. D. h. § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG findet auch Anwendung, „wenn die Behörde nachträglich erkennt, dass sie den [...] Sachverhalt unzureichend berücksichtigt oder unrichtig gewürdigt hat.“⁹³

Problematisch an dieser Ansicht ist, dass durch die hohe Schwelle – Kenntnis aller relevanten Tatsachen inkl. Rechtsanwendungsfehler – die Jahresfrist praktisch umgangen wird. Nach einer verbreiteten Gegenansicht soll deshalb das Merkmal der Kenntnisnahme enger ausgelegt werden. Demnach ist Kenntnisnahme zu bejahen, wenn nach objektiver Betrachtung keine Notwendigkeit zur weiteren Aufklärung mehr besteht.

c) Rechtsfolgen bei Vorliegen der Rücknahmevoraussetzungen

Das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG hat zur Folge, dass der Behörde ein Ermessensspielraum über die Rücknahme des konkreten rechtswidrigen Ausgangs-VA eröffnet wird. Die Entscheidung darüber, ob der VA ganz oder nur teilweise zurückgenommen werden soll und mit *ex-nunc*- oder *ex-tunc*-Wirkung, liegt im Ermessen der Behörde.

Eine Ermessensreduzierung kommt in Betracht, wenn die (Teil-) Aufrechterhaltung des belastenden VA für den betroffenen Bürger unzumutbar wäre.

Exkurs – Ausgleichsanspruch nach § 48 Abs. 3 VwVfG: Ein Ausgleichsanspruch nach § 48 Abs. 3 Satz 1 VwVfG steht dem Betroffenen zu, soweit sein Vertrauen auf den Bestand des VA schutzwürdig ist und keiner der in § 48 Abs. 2 Satz 3 VwVfG genannten Ausschlussgründe vorliegt. Begrenzt ist der Ausgleichsanspruch auf das schutzwürdige Vertrauen des Betroffenen (§ 48 Abs. 3 Satz 1 VwVfG), also das negative Interesse. Der Betroffene muss so gestellt werden, als wäre der VA nie erlassen worden. Die Obergrenze für den Anspruch ist das positive Interesse (§ 48 Abs. 3 Satz 3 VwVfG), d. h. der Betroffene darf nicht besser stehen, als wenn der VA Bestand gehabt hätte. Die Festsetzung des Ausgleichs erfolgt durch VA auf Antrag des Betroffenen innerhalb der Jahresfrist.

d) Besonderheiten bei der Rücknahme von unionsrechtswidrigen Beihilfen

Zwecks effektiver Durchsetzung des Unionsrechts (Effektivitätsgrundsatz/*effet utile* gem. Art. 4 Abs. 3 EUV) sind die §§ 48, 49a VwVfG bei unionsrechtswidrigen Beihilfen modifiziert:

- Der Subventionsempfänger, der sich nicht über die ordnungsgemäße Durchführung des Notifizierungsverfahrens im Sinne des Art. 108 AEUV erkundigt, verhält sich grob fahrlässig im Sinne von § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 VwVfG.
- Bei der Abwägung nach § 48 Abs. 2 Satz 1 VwVfG wird dem öffentlichen Rücknahmeinteresse in der Regel der Vorrang vor dem Bestandsinteresse des Subventionsempfängers eingeräumt, sodass das Vertrauen des Begünstigten regelmäßig nicht schutzwürdig ist. Als „ungeschriebene Nr. 4“ des § 48 Abs. 2 Satz 3 VwVfG tritt das vorrangige öffentliche Interesse an der Durchsetzung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsordnung hinzu.
- Die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG beginnt frühestens mit der Bestandskraft des

⁹³ BVerwG, Beschluss vom 19.12.1984, Az. BVerwG Gr. Sen. 2.84, BVerwGE 70, 356 (362).

Kommissionsbeschlusses bzw. mit seiner Zustellung zu laufen. Hat die Kommission die Rechtswidrigkeit festgestellt und die Rückforderung verlangt, ist die zuständige nationale Behörde verpflichtet, den Bewilligungsbescheid selbst dann noch zurückzunehmen, wenn sie die Frist hat verstreichen lassen.

- Die in § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG vorgesehene Ermessensentscheidung über die Rücknahme ist im Sinne einer Rücknahmepflicht auf null reduziert.
- Nach bestandskräftiger Entscheidung der Kommission ist der ansonsten zulässige Einwand des Subventionsempfängers auf Wegfall der Bereicherung (§ 49a Abs. 2 VwVfG i. V. m. § 818 Abs. 3 BGB) ausgeschlossen.

7. Widerruf von rechtmäßigen Verwaltungsakten

a) Belastender Verwaltungsakt

Der Widerruf eines rechtmäßigen belastenden VA ist ganz oder teilweise möglich, wenn sich die Sach- oder Rechtslage nach dem Erlass des VA geändert hat und dieser jetzt nicht mehr erlassen werden dürfte, obwohl der VA noch rechtmäßig ist (für die Bestimmung der Rechtmäßigkeit ist der Zeitpunkt des VA-Erlasses entscheidend).

Der VA kann nur mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden. Zudem ist ein Widerruf ausgeschlossen, wenn ein VA gleichen Inhalts erneut erlassen werden müsste oder der Widerruf aus anderen Gründen unzulässig ist (z. B. wegen spezieller Vorschriften, die den Widerruf nur unter bestimmten Voraussetzungen dulden).

b) Begünstigender Verwaltungsakt

Der Widerruf eines rechtmäßigen begünstigenden VA ist nur zulässig, wenn einer der in § 49 Abs. 2 Satz 1 VwVfG *abschließend* aufgezählten Gründe vorliegt. Wenn der VA eine einmalige oder laufende Geldleistung gewährt, findet vorrangig § 49 Abs. 3 VwVfG Anwendung.⁹⁴

Rspr.: Das Land Mecklenburg-Vorpommern hat eine gewährte Zuwendung zur überbetrieblichen Ausbildung i. H. v. 31.500 Euro teilweise widerrufen und zurückgefordert, da ein Auszubildender mangels Freistellung vom Arbeitgeber nicht an Lehrgängen teilnehmen konnte. Im Gegensatz zum OVG Greifswald sah das BVerwG keine Zweckverfehlung i. S. v. § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwVfG MV, da der Zweck der Zuwendung lediglich in der Bereitstellung betrieblicher Ausbildungsplätze lag. Hierfür genüge die Nutzbarkeit, eine tatsächliche Nutzung durch Auszubildende sei nicht erforderlich.⁹⁵

Zu den Widerrufsgründen des § 49 Abs. 2 Satz 1 VwVfG im Einzelnen:

Nr. 1: Der Widerruf eines rechtmäßigen begünstigenden VA ist möglich, sofern der Widerruf in einer spezialgesetzlichen Vorschrift vorgesehen ist. Diese Tatbestandsalternative der Nr. 1 ist *praktisch nicht anwendbar*. Wenn der Widerruf bereits in einem Spezialgesetz vorgesehen ist, so findet auch

⁹⁴ Siehe hierzu *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage 2023, § 10 Rn. 725 ff.

⁹⁵ BVerwG, Urteil vom 25.05.2022, Az. 8 C 11.21, NVwZ 2022, 1912.

nur dieses für den Widerruf Anwendung (*lex specialis derogat legi generali*). Der Begriff der Rechtsvorschrift umfasst dabei auch Satzungen, Rechtsverordnungen oder einen Widerrufsvorbehalt im VA selbst (vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG).

Exkurs: Im Fall des Widerrufsvorbehalts müssen zudem sachliche Gründe vorliegen, die mit dem Sinn und Zweck des Widerrufsvorbehalts in Zusammenhang stehen. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, ist ein Widerruf, den die handelnde Behörde erlässt, ermessensfehlerhaft. Problematisch sind die Fälle, in denen der Widerrufsvorbehalt rechtswidrig, aber in Bestandskraft erwachsen ist. Das BVerwG hat hierfür entschieden, dass die Behörde grundsätzlich von einem rechtswidrigen Widerrufsvorbehalt Gebrauch machen darf. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird jedoch dann gemacht, wenn der dem Ausgangs-VA beigefügte Widerrufsvorbehalt gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.

Rspr.: Zur Förderung von Modernisierungsarbeiten unterschrieb der Kläger ein Antragsformular, in welchem ein Widerrufsvorbehalt im Falle des frühzeitigen Modernisierungsbeginns vor Bewilligung des Förderbescheides vereinbart war. Da der Kläger frühzeitig zu modernisieren begann, widerrief die Behörde die erlassene Bewilligung. Das BVerwG hielt fest, dass grundsätzlich auch von einem rechtswidrigen Widerrufsvorbehalt Gebrauch gemacht werden darf, sofern es keinen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gibt. Einen solchen Verstoß des Widerrufsvorbehalts gegen das Modernisierungsgesetz sah das BVerwG im Fall nicht.⁹⁶

Nr. 2: Der Widerruf eines rechtmäßigen begünstigenden VA ist möglich, wenn eine mit dem VA verbundene Auflage nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt wurde. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Behörde bei Nichterfüllung einer Auflage zunächst versuchen muss, die Durchsetzung der Auflage anderweitig, z. B. durch Androhung eines Widerrufs des VA, zu erreichen. Der Widerruf selbst ist *ultima ratio*. Soweit der Auflage im Hinblick auf den Haupt-VA nur geringfügige Bedeutung zukommt, ist der Widerruf nach der Nr. 2 nicht möglich. Ist die Auflage rechtswidrig, gelten die Ausführungen zum rechtswidrigen Widerrufsvorbehalt entsprechend.

Rspr.: Zwei Schwestern hatten ein öffentliches Baudarlehen verbunden mit der Auflage erhalten, dass die rechtskräftigen Einkommenssteuerbescheide für 1987 und 1988 der Behörde vorgelegt werden. Dies ist nicht erfolgt. Daraufhin hat die Behörde das Baudarlehen aufgrund der Nichterfüllung der Auflage widerrufen.⁹⁷

Nr. 3: Der Widerruf eines rechtmäßigen begünstigenden VA ist möglich, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, aufgrund derer die Behörde nunmehr zum Nichterlass des VA berechtigt wäre und ohne den Widerruf eine Gefährdung des öffentlichen Interesses droht. Das öffentliche Interesse ist gefährdet, wenn bei Fortbestand des Ausgangs-VA eine konkrete Gefahr für wichtige Individualrechte oder Gemeinschaftsgüter bestünde.

Rspr.: Eine Überwachungsorganisation nach der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung von Schleswig-Holstein betraute einen Prüfenieur mit Fahrzeuguntersuchungen. Nach wiederholten mangelhaften Fahrzeugkontrollen wurde die Betrauung widerrufen. Im Zuge der auf die Klage des Prüfenieurs folgenden Berufung stellte das BVerwG nachträglich seine Unzuverlässigkeit fest. „Die Prüfung von Kraftfahrzeugen auf ihren verkehrssicherheitstechnischen und immissionsschutzrechtlichen Anforderungen genügenden Zustand [dient] unmittelbar der Erhaltung der Sicherheit und Ordnung auf öffentlichen Straßen und damit dem Schutz gewichtiger Rechtsgüter“. Wegen des Fortbestands der Betrauung lag eine konkrete Gefahr für die Sicherheit im Straßenverkehr vor, sodass der Widerruf nach § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG möglich war.⁹⁸

Nr. 4: Der Widerruf eines rechtmäßigen begünstigenden VA ist möglich, soweit sich die einschlägigen Rechtsvorschriften derart ändern, dass die Behörde nunmehr zum Nichterlass des VA

⁹⁶ BVerwG, Urteil vom 12.11.1986, Az. 8 C 33.84, NVwZ 1987, 498.

⁹⁷ OVG Hamburg, Urteil vom 29.03.2000, Az. 5 Bf 50/96.

⁹⁸ BVerwG, Urteil vom 16.05.2019, Az. 3 C 19.17, NVwZ-RR 2020, 811.

berechtigt wäre. Der Widerruf nach Nr. 4 ist nicht möglich, wenn der Begünstigte von der Begünstigung bereits Gebrauch gemacht hat oder aufgrund des Ausgangs-VA Leistungen erhalten hat. Auch hier muss eine Gefährdung des öffentlichen Interesses drohen (siehe hierzu die Ausführungen zu Nr. 3).

Rspr.: Eine Baugenehmigung wurde widerrufen, nachdem eine für die Genehmigung grundlegende Ergänzungssatzung vom Gemeinderat aufgehoben wurde. Damit war die Behörde zum Nichterlass der Baugenehmigung berechtigt. Indem wegen einer Nachbarschaftsklage frühzeitig der Hinweis erging, dass der Begünstigte bzgl. der Baugenehmigung keinen Vertrauensschutz genieße, war es auch unschädlich, dass der Begünstigte bereits mit der Bebauung begonnen hatte. Eine Gefährdung des öffentlichen Interesses sah das VG Düsseldorf in der Erschütterung des Vertrauens der Bewohner auf rechtmäßiges Handeln der Verwaltung und erklärte den Widerruf damit für rechtmäßig.⁹⁹

Nr. 5: Ein Widerruf kommt zuletzt in Betracht, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen. Es handelt sich um einen Auffangtatbestand für nicht absehbare Ausnahmefälle, der streng auszulegen ist und eine umfassende Abwägung der Umstände im Einzelfall erfordert.

Rspr.: Das Sportamt genehmigte einem Sportverein die Nutzung einer Sporthalle, zog diese Genehmigung aber zurück, damit die Sporthalle als Notunterbringung von Flüchtlingen, Asylbewerbern und Spätaussiedlern genutzt werden konnte. Das VG Berlin erklärte diesen auf § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und Nr. 5 VwVfG basierenden Widerruf für rechtmäßig, da Menschenwürde, Leib und Leben der ansonsten von Obdachlosigkeit bedrohten Flüchtlinge zu schützen seien, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten.¹⁰⁰

Der Widerruf eines begünstigenden VA wird in allen Varianten durch die Ausschlussfrist gem. § 49 Abs. 2 Satz 2 VwVfG i. V. m. § 48 Abs. 4 VwVfG (ein Jahr) eingeschränkt.

c) Rechtsfolgen bei Vorliegen der Widerrufsvoraussetzungen

Das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 49 VwVfG hat zur Folge, dass der Behörde ein Ermessensspielraum über den Widerruf des konkreten rechtmäßigen Ausgangs-VA eröffnet wird. Anders als bei der Rücknahme erstreckt sich dieses Ermessen jedoch nur auf die Möglichkeiten, ganz oder nur teilweise zu widerrufen. Zeitlich ist die Behörde aus Gründen des Vertrauensschutzes an einen Widerruf *ex nunc* gebunden. Lediglich in den Fällen des § 49 Abs. 3 VwVfG ist ein Widerruf mit *ex-tunc*-Wirkung möglich.

Zudem stehen dem Betroffenen ggfs. gemäß § 49 Abs. 6 Satz 2 VwVfG Entschädigungsansprüche zu.

Exkurs: Ausnahmsweise kann auch ein rechtswidriger VA analog widerrufen werden, wenn zwar die Voraussetzungen des § 49 VwVfG vorliegen, nicht aber die des § 48 VwVfG. Diese Analogie beruht auf dem Gedanken, dass, wenn schon ein rechtmäßiger VA nach § 49 VwVfG widerrufen werden könnte, **erst recht** auch die Möglichkeit eröffnet sein muss, einen rechtswidrigen VA zu widerrufen. Ein rechtswidriger VA darf nämlich in Bezug auf seine Bestandskraft keinen weitergehenden Schutz erfahren als ein rechtmäßiger VA.

Rspr.: Der Kläger wendet sich gegen den Widerruf einer Geeignetheitsbestätigung gem. § 33c Abs. 3 Satz 1 GewO für die

⁹⁹ VG Düsseldorf, Urteil vom 27.02.2009, Az. 25 K 3021.09.

¹⁰⁰ VG Berlin, Urteil vom 31.05.2017, Az. 26 K 144.16.

Betriebsstätte B.-Straße in D. und gegen die zwangsgeldbewehrte Anordnung, dort aufgestellte Geldspielgeräte zu entfernen.

Mit Bescheid vom 01.02.2010 erteilte die Beklagte dem Kläger auf entsprechenden Antrag gem. § 33c Abs. 3 GewO die Bestätigung, die „Imbissstube B.-Straße ..., D.“ entspreche den Vorschriften des § 1 Abs. 1 und § 2 Nr. 1–3 der Spielverordnung (SpielV). Bei einer Überprüfung der Betriebsstätte am 15.12.2011 stellte sie fest, dass unter der genannten Anschrift eine Tankstelle mit integriertem Bistrobereich betrieben wurde. Im Verkaufsraum der Tankstelle waren zwei Geldspielgeräte des Klägers aufgestellt. Obwohl der Kläger Umbauarbeiten ankündigte, fand die Beklagte die Betriebsstätte bei einer weiteren Kontrolle im April 2012 unverändert vor. Nach Anhörung des Klägers widerrief sie die Geeignetheitsbestätigung mit Ordnungsverfügung vom 23.07.2012 und gab dem Kläger unter Androhung eines Zwangsgeldes auf, die in der Betriebsstätte aufgestellten Geldspielgeräte binnen einer Woche nach Bestandskraft der Ordnungsverfügung zu entfernen. Zur Begründung verwies sie auf § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 NRWVwVG und führte aus, die Kontrolle vom 19.04.2012 habe ergeben, dass keine Schank- und Speisewirtschaft i. S. d. § 1 (Abs. 1) Nr. 1 SpielV vorliege. Vielmehr werde der Bistrobereich in den Räumlichkeiten des Tankstellenshops betrieben; gegenüber dem Verkauf von Kraftstoffen und Zubehör sowie der Gewinnerzielung aus den Geldspielgeräten habe er nur untergeordnete Bedeutung. Die angekündigte bauliche Trennung beider Bereiche sei nicht durchgeführt worden. Der Widerruf der Geeignetheitsbestätigung trage dem Schutzzweck des § 1 SpielV Rechnung. Dem wirtschaftlichen Interesse des Klägers stehe das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Rechtsvorschriften gegenüber, die insbesondere dem Spielerschutz dienen. Auch im Interesse der Gleichbehandlung und zum Schutz der Mitbewerber vor unfairer Wettbewerb könne der Rechtsverstoß nicht hingenommen werden.

Der Kl. hat dagegen Klage erhoben und geltend gemacht, ein Widerrufsgrund gem. § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 NRWVwVG liege nicht vor. Der Bistrobereich werde seit 2002 unverändert aufgrund einer Gaststättenerlaubnis betrieben. Auch eine Umdeutung des Widerrufs in eine Rücknahme scheide aus. Bei einer erneuten Kontrolle der Betriebsstätte im April 2013 befand sich dort noch ein Geldspielgerät. Der Sitzbereich vor der Bistrotke war inzwischen mit einem anderen Bodenbelag versehen als der übrige Verkaufsbereich und durch halbohohe Mauerstücke von diesem abgeteilt.

„In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist allerdings anerkannt, dass § 49 Abs. 2 NRWVwVG auf ursprünglich rechtswidrige Verwaltungsakte entsprechend angewendet werden kann, wenn die übrigen Widerrufsvoraussetzungen gegeben sind. Unter den Bedingungen, unter denen ein begünstigender rechtmäßiger Verwaltungsakt widerrufen werden kann, darf er – erst recht – bei ursprünglicher Rechtswidrigkeit widerrufen werden. Das Vertrauen des Betroffenen ist in diesem Fall nicht schutzwürdiger als bei ursprünglicher Rechtmäßigkeit der Begünstigung [...].

Diese Analogie überbrückt jedoch nur das Fehlen ursprünglicher Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts und nicht auch das Erfordernis eines Widerrufsgrundes gem. § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1–5 NRWVwVG. Sie erlaubt daher nicht, einzelne gesetzliche Voraussetzungen eines Widerrufsgrundes zu übergangen oder zu modifizieren. Dies gilt auch für das Erfordernis nachträglich eingetretener Tatsachen i. S. d. § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 NRWVwVG. Seine Anwendung auf ursprünglich rechtswidrige Verwaltungsakte ist nicht denklogisch ausgeschlossen. Nachträgliche Änderungen der Sachlage können nämlich dazu führen, dass Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen entfallen, die bei Erlass des – bereits aus anderen Gründen rechtswidrigen – Verwaltungsakts noch vorlagen [...]. Denkbar ist beispielsweise, dass ein Verwaltungsakt von Anfang an rechtswidrig war, weil er an erheblichen formellen Mängeln litt oder weil eine seiner tatsächlichen Voraussetzungen fehlte, und dass eine nachträgliche Änderung der Sachlage zum Wegfall einer weiteren Rechtmäßigkeitsvoraussetzung führt. Dann sind nachträglich Tatsachen eingetreten, derentwegen die Behörde auch unabhängig von den ursprünglichen Mängeln des Verwaltungsakts berechtigt wäre, diesen nicht zu erlassen. In einem solchen Fall kann der ursprünglich rechtswidrige Verwaltungsakt entsprechend § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 NRWVwVG widerrufen werden.“¹⁰¹

Wird ein VA mit *ex-tunc*-Wirkung aufgehoben, sind die gewährten Leistungen gem. § 49a VwVfG zu erstatten. Die Vorschrift erfasst nur Ansprüche der Verwaltung gegen den Bürger und nicht umgekehrt (kein Fall der Staatshaftung!). Die Regelung gilt sowohl für die Rücknahme eines VA nach § 48 VwVfG als auch für den Widerruf nach § 49 Abs. 3 VwVfG. Leistungen, die wegen

¹⁰¹BVerwG, Urteil vom 19.09.2018, Az. 8 C 16/17, NVwZ 2019, 1849 (1850) Rn. 14, 15.

eines anderen Rechtsgrundes, bspw. aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, erbracht wurden, können nicht nach § 49a Abs. 1 VwVfG zurückgefordert werden.¹⁰²

Der Umfang der Erstattungspflicht richtet sich gem. § 49a Abs. 2 VwVfG nach den §§ 818 ff. BGB. Die zu erstattende Leistung ist durch schriftlichen VA festzusetzen, § 49a Abs. 1 Satz 2 VwVfG.

IX. Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG¹⁰³

Grundsätzlich wird ein VA nach Ablauf der Frist des § 74 Abs. 1 VwGO unanfechtbar. Gegen ihn können keine Rechtsbehelfe (Widerspruch und Anfechtungsklage) mehr eingelegt werden. Der VA erwächst dann in Bestandskraft. Diese kann durch das Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens durchbrochen werden.

§ 51 Abs. 1 VwVfG gibt dem Bürger einen Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens unter den dort normierten (engen) Voraussetzungen. Daneben steht das Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens im Ermessen der Behörde, § 51 Abs. 5 VwVfG.

1. Anspruch auf Wiederaufgreifen nach § 51 Abs. 1 bis 3 VwVfG

Zentrale Bedeutung für den Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens nach § 51 Abs. 1 VwVfG kommt dem Wiederaufgreifensgrund zu, der notwendig ist, um einen derartigen Anspruch zu begründen, bspw. eine nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage zugunsten des Antragstellers, § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG.

In einem zweiten Schritt muss die Behörde eine erneute Entscheidung in der Sache treffen, wenn der Antrag des Betroffenen auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens zulässig und begründet ist. Dadurch wird das Verwaltungsverfahren zurück in das Stadium vor Erlass des ursprünglichen VA versetzt. Demzufolge stellt nach h. M. auch das jeweils anwendbare allgemeine und besondere Verwaltungsrecht den entscheidenden Maßstab im Rahmen einer Rechtmäßigkeitsprüfung des zweiten Bescheids der Behörde dar.

2. Wiederaufgreifen im Ermessen der Behörde nach § 51 Abs. 5 VwVfG i. V. m. §§ 48, 49 VwVfG

§ 51 Abs. 5 VwVfG normiert, dass die Behörde einen bestandskräftigen VA jederzeit – im Rahmen der Voraussetzungen gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 und § 49 Abs. 1 VwVfG – aufheben kann und über den Erlass eines neuen VA entscheiden darf.¹⁰⁴ Daraus folgt ein Anspruch des Betroffenen auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Behörde hinsichtlich des Wiederaufgreifens des Verfahrens und hinsichtlich des Erlasses des zweiten Bescheids. Das Ermessen der Behörde im Rahmen des

¹⁰²BVerwG, Urteil vom 08.09.2005, Az. 3 C 50/04, NJW 2006, 536.

¹⁰³Vgl. hierzu ausführlich Sasse, JURA 2009, 493 ff.

¹⁰⁴BVerwG, Urteil vom 22.10.2009, Az. 1 C 15.08, RÜ 2010, 253 (255).

§ 51 Abs. 5 VwVfG kann in dieser Konstellation auf null reduziert sein,¹⁰⁵ was von der Rechtsprechung in den folgenden Fällen angenommen wird:¹⁰⁶

- Die Rechtswidrigkeit des Bescheides ist offensichtlich.
- Die Berufung der Behörde auf die Bestandskraft des VA ist als Verstoß gegen die guten Sitten bzw. Treu und Glauben zu werden.
- Es liegt ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor, da die Verwaltung das Verwaltungsverfahren bei im Wesentlichen gleich gelagerten Fällen wieder aufgegriffen hat.
- Der VA ist (offensichtlich) mit einschlägigen EU-Rechtsnormen unvereinbar.

Rspr.: Die Beteiligten streiten um die Verpflichtung der Beklagten zur rückwirkenden Neufestsetzung der Versorgungsbezüge der Klägerin ohne den sog. Versorgungsabschlag für Teilzeitbeschäftigte (§ 85 Abs. 4 Satz 2 BeamtVG i. V. m. § 14 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 und 3 BeamtVG [F. 1989]) für den Zeitraum vom 17. Juni 2004 bis zum 30. Juni 2008; der Versorgungsabschlag für Teilzeitbeschäftigte ist im Juni 2008 für verfassungswidrig erklärt worden; zuvor hatte das Bundesverwaltungsgericht im Mai 2005 festgestellt, dass dieser partiell gegen Unionsrecht verstößt.

„Da durch höchstrichterliche Rechtsprechung offensichtlich geworden war, dass das Ruhegehalt von Teilzeitbeamten nicht durch den mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts unvereinbaren Versorgungsabschlag gekürzt werden darf, ist eine bestandskräftige, deswegen von Anfang an rechtswidrige Versorgungsfestsetzung für den Zeitraum ab Klärung durch das Bundesverwaltungsgericht zurückzunehmen. Das Rücknahmeermessen ist dann zumindest in den Fällen der Antragstellung zugunsten des Ruhestandsbeamten auf Null reduziert.“¹⁰⁷

C. Der öffentlich-rechtliche Vertrag

I. Begriff und Bedeutung

Eine Behörde kann nicht nur einseitig durch Erlass eines VA handeln. An die Stelle eines VA kann grundsätzlich eine einvernehmliche Vereinbarung gem. § 54 VwVfG zwischen der Verwaltung und dem Bürger treten. Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist ein dem VA gleichwertiges Handlungsmittel der Verwaltung. Ausgeschlossen ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag dort, wo ein Vertragsformverbot gilt. Dies ist z. B. in Leistungs- oder Eignungsprüfungen sowie im Steuerrecht der Fall.

Definiert wird ein öffentlich-rechtlicher Vertrag als vertragliche Regelung auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts.

Der Begriff der **Regelung** meint hier (wie auch im Rahmen der Merkmale eines VA) die unmittelbare Herbeiführung von Rechtsfolgen.

¹⁰⁵BVerwG, Urteil vom 07.07.2021, Az. 8C 5/20, NVwZ-RR 2021, 1005 (1006).

¹⁰⁶VG Karlsruhe, Urteil vom 02.02.2006, Az. 6 K 524.05, BeckRS 2006, 23961, Rn. 25.

¹⁰⁷OVG Hamburg, Urteil vom 28.02.2013, Az. 1 Bf 10.12, BeckRS 2013, 48828.

Der Vertrag ist **öffentlich-rechtlich**, wenn der Gegenstand des Vertrags öffentlich-rechtlich ist. Ergänzend kann hier auch der Zweck des Vertrages herangezogen werden.

Eine **vertragliche Regelung** liegt vor, sobald der Bürger rechtlich einen gleichwertigen Einfluss auf den Inhalt der vertraglichen Regelung nehmen kann.

II. Arten öffentlich-rechtlicher Verträge

Nach den am Vertragsschluss Beteiligten wird zwischen koordinations- und subordinationsrechtlichen Verträgen differenziert:

- **Subordinationsrechtliche Verträge** sind solche, die an die Stelle eines VA treten können. Es handelt sich hier um eine Vereinbarung zwischen Beteiligten, die ansonsten im Über- bzw. Unterordnungsverhältnis zueinander stehen. Als Anwendungsfall ist insbesondere der sog. VA-Ersatzvertrag nach § 54 Satz 2 VwVfG zu nennen, wonach die Behörde, anstatt einen VA zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen kann, an den sie sonst den VA richten würde. Aufgrund der ungünstigeren Position des Bürgers (Drohender VA-Erlass als Handlungsalternative der Behörde) gelten hier besondere Schutzvorschriften, wie §§ 56, 59 Abs. 2 VwVfG.
- Bei einem **koordinationsrechtlichen Vertrag** stehen sich die Vertragspartner gleichberechtigt gegenüber. Das ist in der Regel der Fall zwischen zwei Hoheitsträgern, da sie gegenüber einander nicht weisungsbefugt sind und keine VAe erlassen dürfen. Ausnahmsweise ist auch ein Vertrag zwischen einem Hoheitsträger und einem Bürger koordinationsrechtlicher Natur, wenn im konkreten Fall ein Verhältnis der Gleichrangigkeit gegeben ist.

Inhaltlich wird zwischen Austausch- und Vergleichsverträgen unterschieden:

- Im Rahmen eines **Austauschvertrags** verpflichtet sich die Gegenpartei gegenüber der Behörde zu einer Gegenleistung, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient, § 56 Abs. 1 VwVfG.
- Der **Vergleichsvertrag** wird geschlossen, um durch gegenseitiges Nachgeben eine „bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit“ zu beseitigen, § 55 VwVfG.

III. Abgrenzung zu anderen Handlungsformen

Abzugrenzen ist der öffentlich-rechtliche Vertrag von Absprachen, die keine Rechtsbindungswirkung entfalten, von privatrechtlichen Verträgen und mitwirkungsbedürftigen VAen.

Bei **Absprachen ohne Rechtsbindungswirkung** (sog. *gentlemen's agreement*) vertraut jede Partei darauf, dass die andere sich trotz mangelnder Bindungswirkung an den Inhalt der Absprache halten wird.

Öffentlich-rechtliche Verträge liegen in Abgrenzung zu **privatrechtlichen Verträgen** vor, wenn sich mindestens ein wesentlicher Teil der Vereinbarung auf die Feststellung, Konkretisierung oder Gestaltung eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses bezieht. Dies ist unproblematisch dann der Fall, wenn der Vertragsgegenstand auch Gegenstand einer Regelung durch VA sein könnte.

Bei einem **mitwirkungsbedürftigen VA** ist zwar die Mitwirkung des Bürgers notwendig, er kann jedoch nicht den Inhalt der Regelung beeinflussen. Die Handlung ist nicht von einem rechtsgeschäftlichen Bindungswillen getragen; vielmehr ist der Bürger von dem Ziel geleitet, die Behörde zu einem einseitigen Regelungsakt zu veranlassen. Im Einzelnen können die äußere Gestalt als Vertrag oder Bescheid, das Verfahren bei Zustandekommen oder die sonst übliche Handlungsform der Behörde in gleich gelagerten Fällen zur Abgrenzung dienen.

IV. Wirksamkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages

Im Umkehrschluss zu § 59 VwVfG ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag wirksam, wenn er nicht nichtig ist.

1. Zustandekommen des Vertrages

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag kommt wie ein privatrechtlicher Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande, die auf den Abschluss des Vertrages gerichtet sind. Erforderlich ist insb. ein Rechtsbindungswille.

Nach § 62 Satz 2 VwVfG sind die Regelungen des BGB in Bezug auf die Wirksamkeit der Willenserklärungen, Zugang, Vertretung usw. entsprechend anzuwenden. Folgende vorrangigen Modifizierungen finden sich im VwVfG:

- § 12 VwVfG: Handlungsfähigkeit von Beteiligten
- §§ 14 ff. VwVfG: Vertretungsmacht

Eine Ermächtigungsgrundlage ist grundsätzlich nicht erforderlich. Es finden sich jedoch Handlungsformverbote („entgegenstehende Vorschriften“ im Sinne des § 54 Satz 1 VwVfG), die der Behörde untersagen, bestimmte Fragen durch Vertrag zu regeln (bspw. § 2 Abs. 2 BBesG; § 3 Abs. 2 BeamtVG).

2. Schriftform gem. § 57 VwVfG

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag kommt nur zustande, wenn er schriftlich geschlossen wird. Alle mündlichen Absprachen oder Nebenabsprachen sind unwirksam. Für die Schriftform gelten die Vorschriften des BGB ergänzend, § 62 Satz 2 VwVfG.

3. Zustimmungserfordernis

Die Wirksamkeit des Vertrages, der in Rechte Dritter eingreift, ist von der Zustimmung dieser Dritten abhängig, § 58 Abs. 1 VwVfG.

4. Inhaltliche Anforderungen¹⁰⁸

Inhaltliche Anforderungen an öffentlich-rechtliche Verträge werden insbesondere durch die vom Vertrag betroffenen Spezialgesetze (z. B. die §§ 11 ff. BauGB für städtebauliche Verträge) ausgestaltet. Ergänzend kommen die § 54 ff. VwVfG hinzu. So finden sich für Vergleichs- und Austauschverträge in den §§ 55, 56 VwVfG weiterführende Regelungen.

Ebenso wie bei VAen führt ein Verstoß gegen diese Vorgaben nur zur Rechtswidrigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages und grundsätzlich nicht zu seiner Nichtigkeit. Vielmehr ist der öffentlich-rechtliche Vertrag nur dann nichtig, wenn ein in § 59 VwVfG genannter Nichtigkeitsgrund vorliegt (dazu sogleich).

5. Keine Nichtigkeit nach § 59 VwVfG¹⁰⁹

Die in § 59 VwVfG aufgeführten Nichtigkeitsgründe sind abschließend, sodass andere Rechtsverstöße allein nicht zur Nichtigkeit des Vertrags führen (wie die Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts oder ein Verstoß gegen ein Handlungsformverbot i. S. d. § 54 VwVfG).

Systematisch wird Abs. 2 zuerst geprüft, da er spezieller ist.

a) Keine Nichtigkeit nach Abs. 2

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist dann nichtig,

- wenn auch ein VA mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre. Dies ist der Fall, wenn einer der Tatbestände des § 44 VwVfG erfüllt ist.

Rspr.: Eine Nebenabrede, in der sich der Angestellte zu einer monatlichen Geldzahlung verpflichtet, um eine Zusicherung für die Vollzeitbeschäftigung als Beamter zu erhalten, ist nichtig, da auch ein entsprechender VA nichtig wäre und ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vorliegt.¹¹⁰

- wenn durch die Vertragsparteien wissentlich ein Gesetzesverstoß vereinbart wird, also den Beteiligten die materielle Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt ist. Dagegen ist fahrlässige Unkenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit nicht ausreichend.

¹⁰⁸Siehe dazu Fall 7 bei *Bretthauer/Collin/Egidy/Spiecker gen. Döhmman*, 40 Klausuren aus dem Verwaltungsrecht, 12. Auflage 2020, S. 105 ff.

¹⁰⁹Siehe dazu insgesamt Fall 22 bei *Böhm/Gaitanides*, Fälle zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2007, S. 206 ff.

¹¹⁰BVerwG, Urteil vom 20.03.2003, Az. 2 C 23/02, NVwZ-RR 2003, 874.

Rspr.: Ein Student der Mathematik vereinbarte mit dem Prüfungsausschussvorsitzenden in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, dass ihm ein zusätzlicher Wiederholungsversuch gewährt wird. Da ein solcher Wiederholungsversuch in der Prüfungsordnung nicht vorgesehen ist, liegt ein Gesetzesverstoß vor. Der Vertrag wurde deshalb nach § 59 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 134 BGB für nichtig erklärt.¹¹¹

- wenn die Voraussetzungen des § 55 VwVfG für einen Vergleichsvertrag nicht vorliegen und ein entsprechender VA rechtswidrig wäre, also keine Ungewissheit über die Sach- oder Rechtslage, kein gegenseitiges Nachgeben oder keine pflichtgemäße Ermessensbetätigung gegeben ist.
- wenn sich die Behörde im Rahmen eines Austauschvertrags eine nach § 56 VwVfG unzulässige Gegenleistung versprechen lässt. Dies ist der Fall, wenn die Gegenleistung nicht ausdrücklich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben vereinbart worden ist, nicht im Sachzusammenhang mit der behördlichen Leistung steht oder die Gegenleistung den gesamten Umständen nach nicht angemessen ist (insbesondere der Höhe nach). Eine besondere Einschränkung gilt für die Fälle, in denen der öffentlich-rechtliche Vertrag an die Stelle eines VA tritt, auf dessen Erlass der Bürger einen Anspruch hat. In diesen Fällen ist eine Gegenleistung des Bürgers in ihrem Umfang auf solche Gegenleistungen begrenzt, die dem Bürger auch im Rahmen einer Nebenbestimmung hätten auferlegt werden können.

Rspr.: Eine Gemeinde hatte die Änderung des Bebauungsplanes unzulässigerweise von der Zahlung eines Geldbetrages des Eigentümers für die Unterhaltung städtischer Kindergartenplätze abhängig gemacht.¹¹²

b) Keine Nichtigkeit nach Abs. 1

Die Nichtigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrags ergibt sich zudem aus einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften des BGB:

- Sittenwidrigkeit, § 138 BGB
- Geschäftsunfähigkeit, § 105 BGB
- Scheingeschäfte, § 117 BGB
- Mangel der Ernstlichkeit, § 118 BGB
- Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB
- Verstoß gegen Treu und Glauben, § 242 BGB

Bei der Anwendung von § 134 BGB ist zu beachten, dass wegen der Gesetzesbindung der Verwaltung jeder rechtswidrige öffentlich-rechtliche Vertrag immer zugleich auch nichtig wäre. Diese Rechtsfolge würde indes die in § 59 Abs. 2 VwVfG getroffene ausdifferenzierte Nichtigkeitsregelung aushöhlen. Daher ist § 134 BGB im Lichte der Systematik des VwVfG auszulegen und auf „qualifizierte

¹¹¹VG Cottbus, Urteil vom 27.07.2016, Az. 1 K 937.14.

¹¹²BVerwG, Urteil vom 16.05.2000, Az. 4 C 4.99, BVerwGE 111, 162.

Fälle der Rechtswidrigkeit“ (i. d. R. materielle Rechtsverstöße) vollumfänglich anzuwenden, während – in Anlehnung an § 46 VwVfG – die Nichtigkeitsfolge bei bloßen Verfahrens- und Formfehlern abzulehnen ist.

6. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Nach § 60 VwVfG kommt bei öffentlich-rechtlichen Verträgen ein Wegfall der Geschäftsgrundlage genauso in Betracht wie bei privatrechtlichen Verträgen.

V. Vollstreckung der vertraglichen Pflichten

Die Behörde kann die vertraglichen Pflichten des Bürgers *nicht* durch einen VA festsetzen und vollstrecken. Die Parteien müssen Klage vor dem VG erheben. Ausnahmsweise kann ohne gerichtliche Entscheidung vollstreckt werden, wenn eine Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung nach § 61 Abs. 1 Satz 1 VwVfG erfolgt ist.

D. Grundzüge der Verwaltungsvollstreckung

I. Funktion der Verwaltungsvollstreckung

Die Funktion der Verwaltungsvollstreckung besteht in der zwangsweisen Durchsetzung etwaiger Verpflichtungen, die dem Adressaten durch ein behördliches Handeln in Form eines VA gem. § 35 VwVfG auferlegt wurden. Die konkrete Pflicht zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen als Regelungsgehalt des VA wird im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung durch die Anwendung von Zwangsmitteln umgesetzt (**Verwaltungszwang**). Daneben umfasst die Verwaltungsvollstreckung auch die Durchsetzung von öffentlich-rechtlichen Forderungen (**Vollstreckung von Geldforderungen**).

Die Verwaltungsvollstreckung ist damit Teil der sogenannten **Sekundärebene des Verwaltungshandelns**.¹¹³ Während die Primärebene den Erlass des VA umfasst, geht es auf der Sekundärebene um die Vollstreckung und deren Kosten.

II. Rechtsgrundlagen der Verwaltungsvollstreckung

Für die zwangsweise Durchsetzung von Verpflichtungen durch die Verwaltungsvollstreckung bestehen verschiedene Rechtsgrundlagen:

- Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes (**VwVG**)
- Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (**VwVG NRW**)

¹¹³Zu dieser Einordnung als Sekundärebene *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 55. Auflage 2023, § 11 Rn. 1.

- Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (**PoIG NRW**)

Das VwVG des Bundes findet Anwendung, sofern der zu vollstreckende VA durch eine Bundesbehörde erlassen wurde.

Das VwVG NRW dient als *lex generalis* für die Vollstreckung von VAen, die durch eine Landesbehörde (z. B. eine Ordnungsbehörde) erlassen wurden. Das PoIG NRW enthält in den §§ 50 ff. PoIG besondere Vorschriften für die Vollstreckung von VAen durch die Polizeibehörde (*lex specialis*).

Die Grundlagen der Verwaltungsvollstreckung werden im Folgenden anhand des VwVG NRW dargestellt, sind aber vorbehaltlich einiger Besonderheiten universell gültig.

III. Verfahren der Verwaltungsvollstreckung

Der Verwaltungszwang gem. § 55 VwVG NRW lässt sich grundsätzlich in zwei verschiedene Verfahrensarten untergliedern:

Zunächst erfasst § 55 Abs. 1 VwVG NRW das sogenannte **gestreckte Verfahren** als Grundfall der Verwaltungsvollstreckung. Dabei ist die Behörde ermächtigt, einen VA, der auf ein Handeln, Dulden oder Unterlassen gerichtet ist, zu vollstrecken, sofern dieser VA bestandskräftig oder sofort vollziehbar ist (dies ist nicht der Fall, wenn Widerspruch oder Anfechtungsklage nach § 80 Abs. 2 VwGO keine aufschiebende Wirkung entfalten).

Rspr.: Ein Gewerbe für Abfallentsorgung (Metall und Schrott) Betreibender wurde bei einer Entrümpelung kontrolliert und auf das Einhalten der gesetzlichen Vorschriften zur Abfallentsorgung hingewiesen. Im Zuge folgender Ermittlungen wurde festgestellt, dass der Gewerbetreibende nicht über eine Zertifizierung nach dem Elektro- und Elektronikgerätegesetz verfügt, sodass ihm nach vorheriger Anhörung die weitere Betreibung des Gewerbes untersagt und fürs Nichtbefolgen ein Zwangsgeld angedroht wurde. Als er daraufhin mit Elektro-Altgeräten auf der PKW-Ladefläche in einer Verkehrskontrolle angehalten wurde, setzte die Behörde das angedrohte Zwangsgeld i. H. v. 1.000 EUR fest. Dies war im Rahmen des gestreckten Verfahrens nach § 55 Abs. 1 VwVG NRW möglich, da mit der Unterlassungsverfügung ein bestandskräftiger VA vorlag.¹¹⁴

Daneben sieht § 55 Abs. 2 VwVG NRW die Möglichkeit vor, den Verwaltungszwang ohne vorausgehenden VA anzuwenden. Dieser sog. **Sofortvollzug** ermöglicht es der Behörde, zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr besonders rasch zu handeln. Dies sichert die Effektivität der Gefahrenabwehr. Die Behörde muss jedoch stets „innerhalb ihrer Befugnisse“ – also rechtmäßig – handeln.

Rspr.: Als ein Krankenhaus der zuständigen Behörde mitteilte, dass die Angehörigen die Bestattung des Verstorbenen verweigerten, erteilte die Behörde nach vorherigem Telefonat mit einem Angehörigen noch am selben Tag den Bestattungsauftrag an ein Beerdigungsinstitut. Die Kosten wurden den Angehörigen später in Rechnung gestellt. Grund für diesen sofortigen Vollzug waren Aspekte des Gesundheitsschutzes, nach dem Verstorbene nach § 13 Abs. 3 BestG (Bestattungsgesetz) grundsätzlich innerhalb von acht Tagen zu bestatten sind und dies aufgrund der Weigerung der Angehörigen nicht mehr zu erwarten war.¹¹⁵

¹¹⁴VG Düsseldorf, Urteil vom 10.07.2015, Az. 17 K 7838/13, BeckRS 2015, 53394.

¹¹⁵VG Düsseldorf, Urteil vom 29.03.2010, Az. 23 K 2976/09, BeckRS 2010, 48774.

IV. Zwangsmittel der Verwaltungsvollstreckung

Der Verwaltung stehen zur zwangsweisen Durchsetzung von VAen verschiedene Zwangsmittel zur Verfügung. Diese sind in § 57 VwVG NRW festgelegt:

- Ersatzvornahme (§ 59 VwVG NRW)

Rspr.: Vgl. vorheriger Fall; Behörde beauftragt aufgrund der Weigerung der Angehörigen an deren Stelle ein Beerdigungsinstitut mit der Bestattung.

- Zwangsgeld (§ 60 VwVG NRW)

Rspr.: Vgl. Fall zur gewerbsmäßigen Abfallentsorgung; da der Gewerbetreibende trotz fehlender Lizenz weiterhin Elektroabfälle entsorgt hat, setzte die Behörde ein vorher angedrohtes Zwangsgeld i. H. v. 1.000 EUR fest. Zudem drohte sie für einen erneuten Verstoß ein weiteres Zwangsgeld i. H. v. 2.000 EUR an.¹¹⁶

- Unmittelbarer Zwang (§ 62 VwVG NRW)

Rspr.: Aufgrund von Beschwerden kontrollierte eine Amtstierärztin mehrere Hunde und machte mehrere Beanstandungen hinsichtlich der Haltung der Tiere. Deshalb wurde mitunter eine Reduktion des Tierbestandes von fünf auf zwei Hunde angeordnet und eine Wegnahme und Verwertung der Hunde im Wege unmittelbaren Zwangs angedroht. Als bei einer Nachkontrolle weiterhin fünf Hunde vorgefunden wurden, ordnete die Behörde die anderweitige Unterbringung und notwendige tierärztliche Behandlungen an und wendete damit unmittelbaren Zwang i. S. v. § 62 VwVG an.¹¹⁷

Für die konkrete Anwendung der Zwangsmittel sehen die spezifischen Vorschriften besondere Voraussetzungen vor. Daneben bedürfen alle Zwangsmittel grundsätzlich der **Androhung** (§ 63 VwVG NRW) und **Festsetzung** (§ 64 VwVG NRW). Die Festsetzung ist insbesondere für die Art und Weise der **Anwendung** der Zwangsmittel maßgeblich (§ 65 VwVG NRW).

Rspr.: Eine Behörde gab einem Antragssteller durch unanfechtbar gewordene Ordnungsverfügung auf, die Dacheindeckung eines Anbaus in der Feuerwiderstandsklasse F 90 auszubilden. Mit der Begründung, dass der Antragssteller der Verfügung nicht fristgerecht nachgekommen sei, setzte die Behörde ein angedrohtes Zwangsgeld fest. In diesem Rahmen hielt das OVG fest, dass *„das Zwangsgeld nicht mehr festgesetzt werden darf, wenn der Ordnungspflichtige seiner Handlungspflicht zwar nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist, wohl aber nach deren Ablauf nachgekommen ist. Die Festsetzung des Zwangsgeldes ist keine Sanktion für die nicht fristgerechte Erfüllung der Ordnungspflicht [sondern] deren Festsetzung ein Beugemittel.“*¹¹⁸

Im Sofortvollzug entfällt das Festsetzungserfordernis (§ 64 Satz 2 VwVG NRW), da dieser durch ein besonders rasches Handeln der Verwaltung geprägt ist. Zudem kann von einer Androhung abgesehen werden (§ 63 Abs. 1 Satz 5 VwVG NRW).

Besondere Vorgaben ergeben sich aus den §§ 66 ff. VwVG NRW für den unmittelbaren Zwang. Nach § 69 Satz 2 VwVG NRW kann von der Androhung abgesehen werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer Gefahr notwendig ist.

¹¹⁶VG Düsseldorf, Urteil vom 10.07.2015, Az. 17 K 7838/13, BeckRS 2015, 53394.

¹¹⁷VG Neustadt a.d. Weinstraße, Urteil vom 18.11.2022, Az. 2 K 1013/21.NW, BeckRS 2022, 34999.

¹¹⁸OVG NRW, Beschluss vom 11.05.2000, Az. 10 B 306/00, BeckRS 2000, 22009.

V. Rechtmäßigkeit der Verwaltungsvollstreckung

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungszwanges erfolgt nach den bekannten Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungshandelns:

1. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für den Verwaltungszwang ist § 55 (Abs. 1 oder Abs. 2) VwVG NRW i. V. m. den Rechtsgrundlagen des konkreten Zwangsmittels (§ 57 VwVG NRW i. V. m. §§ 59 ff. VwVG NRW).

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Zuständigkeit ergibt sich aus § 56 VwVG NRW. Demzufolge ist die **Erlassbehörde zugleich Vollstreckungsbehörde** (§ 56 Abs. 1 VwVG NRW). Eine Anhörung ist bei Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gem. § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG entbehrlich.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit sind die allgemeinen und besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen zu prüfen.

a) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Unter die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen fällt die Zulässigkeit des Verwaltungszwangs gem. § 55 VwVG NRW. Hier gilt es zu differenzieren zwischen dem gestreckten Verfahren (Abs.1) und dem Sofortvollzug (Abs. 2).

Im **gestreckten Verfahren** richten sich die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen nach § 55 Abs. 1 VwVG NRW:

1. VA, der auf ein Handeln, Dulden oder Unterlassen gerichtet ist
2. Bestandskraft oder sofortige Vollziehbarkeit

Exkurs: Im gestreckten Verfahren stellt sich zudem die Frage, ob aus Gründen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der zu vollstreckende VA rechtmäßig sein muss. Diese Voraussetzung wird aber von der h. M. mit Verweis auf die Funktionsfähigkeit der Verwaltung sowie die Funktion der Bestandskraft verneint.

Im **Sofortvollzug** richten sich die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen nach § 55 Abs. 2 VwVG NRW:

1. Rechtmäßigkeit eines hypothetischen VA, der auf ein Handeln, Dulden oder Unterlassen gerichtet ist
2. Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr

3. Notwendigkeit des Sofortvollzuges

Exkurs: Der Sofortvollzug steht der Vollstreckungsbehörde auch bei Vorliegen eines VA zur Verfügung: Da der Sofortvollzug an höhere Voraussetzungen geknüpft ist, findet dieser in solchen Konstellationen **erst recht** Anwendung. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Rechtmäßigkeit des Verwaltungszwanges im gestreckten Verfahren an einer besonderen Vollstreckungsvoraussetzung (z. B. der Androhung) scheitert.¹¹⁹ In diesem Falle ist hilfsweise der Sofortvollzug zu prüfen.

b) Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen

Die besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen erfassen die Art und Weise des Verwaltungszwanges.

Mit Blick auf die **Art des Verwaltungszwanges** muss die Behörde ein taugliches Zwangsmittel gewählt, angedroht und festgesetzt haben:

1. Taugliches Zwangsmittel (§ 57 VwVG NRW)
2. Androhung (§ 63 VwVG NRW), sofern nicht entbehrlich
3. Festsetzung (§ 64 VwVG NRW), sofern nicht entbehrlich

Zudem muss die Behörde das konkrete Zwangsmittel rechtmäßig angewandt haben (**Modus des Verwaltungszwangs**):

1. Besondere Voraussetzungen der Zwangsmittel (z. B. Höhe des Zwangsgeldes gem. § 60 Abs. 1 VwVG NRW)
2. Festsetzung (§ 64 VwVG NRW) als Maßstab für den Umfang des Zwangsmittels
3. Das Ermessen der Behörde umfasst sowohl die Entscheidung, den Verwaltungszwang anzuwenden (**Entschließungsermessen**), als auch die Wahl und Anwendung des konkreten Zwangsmittels (**Handlungsermessen**). In diesem Zusammenhang ist vor allem die Verhältnismäßigkeit des konkreten Zwangsmittels von maßgeblicher Bedeutung (§ 58 VwVG NRW).

¹¹⁹OVG NRW, Urteil vom 30.07.1998, Az. 20 A 5664/96.