Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Zentrum für Europäische Integrationsforschung

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

Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht

Wintersemester 2025/2026

Mittwochs 15 bis 18 Uhr (c. t.) in HS E
Donnerstags 13 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

Inhaltsverzeichnis

A. EINLEITUNG 1
I. DAS VERWALTUNGSRECHT 1
II. DIE ÖFFENTLICHE VERWALTUNG 1
1. Der Begriff der öffentlichen Verwaltung 1
a) Formelle Differenzierungen 1
b) Materielle Differenzierungen 2
2. Träger der Verwaltung 2
3. Behörden 3
III. ABGRENZUNG ZWISCHEN ÖFFENTLICHEM RECHT UND PRIVATRECHT 4
1. Subordinationstheorie (Über-/Unterordnungstheorie) 4
2. Modifizierte Subjektstheorie (Sonderrechtslehre) 4
3. Zuordnungsprobleme 5
IV. DIE GESETZMÄßIGKEIT DER VERWALTUNG 5
1. Vorrang des Gesetzes 5
2. Vorbehalt des Gesetzes 5
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 6
5. Prüfung des VA-Begriffs 7
II. BEGRIFFSMERKMALE DES VERWALTUNGSAKTES 7
1. Hoheitliche Maßnahme 7
2. Auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts 7
3. Behörde 9
4. Regelung 10
5. Im Einzelfall 10
6. Intendierte Außenwirkung 11
a) Sonderstatusverhältnisse 12
b) Mehrstufige VAe 12
7. Bedeutung der äußeren Form und Einzelprobleme 12
III. FUNKTIONEN DES VERWALTUNGSAKTES 13
1. Konkretisierungs- bzw. Klarstellungsfunktion 13

2. Verfahrensfunktion 14
3. Titelfunktion 14
4. Verwaltungsprozessuale Funktion 14

IV. Arten von Verwaltungsakten 14
1. Befehlende, gestaltende und feststellende Verwaltungsakte 14
2. Begünstigende und belastende Verwaltungsakte 15
3. Vollstreckbare Verwaltungsakte 15
4. Verwaltungsakte mit Doppelwirkung; Mischverwaltungsakte 15
5. Verwaltungsakte mit Dauerwirkung 15
6. Ein- oder mehrstufige Verwaltungsakte 15

V. Wirksamkeitsvoraussetzungen des Verwaltungsaktes 16
1. Existenz 16
2. Wirksamkeit 16
a) Äußere Wirksamkeit 16
b) Innere Wirksamkeit 16
c) Ende der Wirksamkeit 17
3. Bekanntgabe 17
a) Begriff der Bekanntgabe 17
b) Formen der Bekanntgabe 17
c) Zeitpunkt der Bekanntgabe 18
4. Bestandskraft 19
a) Formelle Bestandskraft 19
b) Materielle Bestandskraft 19

VI. Rechtmäßigkeit 19
1. Ermächtigungs- bzw. Anspruchsgrundlage 19
2. Formelle Rechtmäßigkeit 20
a) Zuständigkeit 20
b) Verfahren 21
c) Form 21
d) Heilung von Verfahrens- und Formfehlern 21
3. Materielle Rechtmäßigkeit 23
4. Der unbestimmte Rechtsbegriff 23
a) Gerichtliche Überprüfbarkeit 24
b) Grenzen der gerichtlichen Überprüfbarkeit 28
5. Ermessen 28
a) Einräumung von Ermessen 28
b) Grenzen des Ermessens und ihre Kontrolle 29

c) Ermessensfehler 30
d) Ermessensreduzierung auf null 32
e) Folgen von Ermessensfehlern 32

VII. Nebenbestimmungen zum VA 33
1. Die verschiedenen Arten von Nebenbestimmungen 34
2. Abgrenzung und Auslegung 35
3. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen 35

VIII. Aufhebung von Verwaltungsakten 40
1. Allgemeines 40
2. Rechtmäßiger/rechtswidriger Verwaltungsakt 40
3. Belastender/begünstigender Verwaltungsakt 41
4. Prüfungsschemata 42
a) Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nach § 48 VwVfG 42
b) Besonderheiten bei der Rücknahme von unionsrechtswidrigen Beihilfen 44
c) Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte nach § 49 VwVfG 44

IX. Rückforderung nach § 49a VwVfG 47

X. Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG 48
1. Anspruch auf Wiederaufgreifen 48
a) Entscheidung über das Wiederaufgreifen 48
2. Wiederaufgreifen im Ermessen der Behörde 49

C. DER ÖFFENTLICH-RECHTLICHE VERTRAG 50

I. Begriff und Bedeutung 50

II. Arten öffentlich-rechtlicher Verträge 51

III. Abgrenzung zu anderen Handlungsformen 52

IV. Rechtmäßigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages 52

V. Wirksamkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags: 53
1. Einigung 53
2. Schriftform 53
3. Beteiligung Dritter oder anderer Behörden 53
4. Nichtigkeitsgründe 54
a) Keine Nichtigkeit nach Abs. 2 54
b) Keine Nichtigkeit nach Abs. 1 55
c) Rechtsfolgen der Nichtigkeit 55

VI. Leistungsstörung beim öffentlich-rechtlichen Vertrag 56

VII. Vollstreckung der vertraglichen Pflichten 56

D. GRUNDZÜGE DER VERWALTUNGSVOLLSTRECKUNG 56
I. FUNKTION DER VERWALTUNGSVOLLSTRECKUNG 56
II. RECHTSGRUNDLAGEN DER VERWALTUNGSVOLLSTRECKUNG 56
III. VERFAHREN DER VERWALTUNGSVOLLSTRECKUNG 57
IV. ZWANGSMITTEL DER VERWALTUNGSVOLLSTRECKUNG 58
V. RECHTMÄßIGKEIT DER VERWALTUNGSVOLLSTRECKUNG 59
1. Ermächtigungsgrundlage 59
2. Formelle Rechtmäßigkeit 59
3. Materielle Rechtmäßigkeit 59
a) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen 59
b) Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen 60
b) Sofortvollzug, § 55 Abs. 2 VwVG NRW 61

A. Einleitung

I. Das Verwaltungsrecht

Das Verwaltungsrecht ist neben dem Staatsrecht, dem Europarecht und dem Völkerrecht Teilgebiet des Öffentlichen Rechts. Untergliedert wird das Verwaltungsrecht in das allgemeine Verwaltungsrecht und das besondere Verwaltungsrecht.

Das **allgemeine Verwaltungsrecht** umfasst diejenigen Vorschriften, die unabhängig von der betroffenen Sachmaterie 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 *bspw. 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 S. 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.
- 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*.

[1] Vgl. BVerwG, Urteil v. 25.6.2015, Az. 7 C 2.14, RÜ 2015, 733 (735).

- 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 (bundestaatliches Zwei-Ebenen-Modell). Auf beiden Ebenen lässt sich 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 ggü. dem Bund bzw. dem Land rechtlich verselbständigt sind und deshalb „mittelbar" der Bundes- bzw. Landesverwaltung angehören. Juristische Personen des Öffentlichen Rechts sind Körperschaften (insb. die Gemeinden als Gebietskörperschaften des Öffentlichen Rechts), Anstalten *(bspw. 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 (z.B.: TÜV). Der Verwaltungshelfer hingegen unterstützt eine Behörde durch Hilfstätigkeit im Auftrag und nach Weisung der ihn betrauenden Behörde (z.B.: Schülerlotse). Ihr Handeln wird dem beauftragenden Verwaltungsträger zugerechnet.*

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

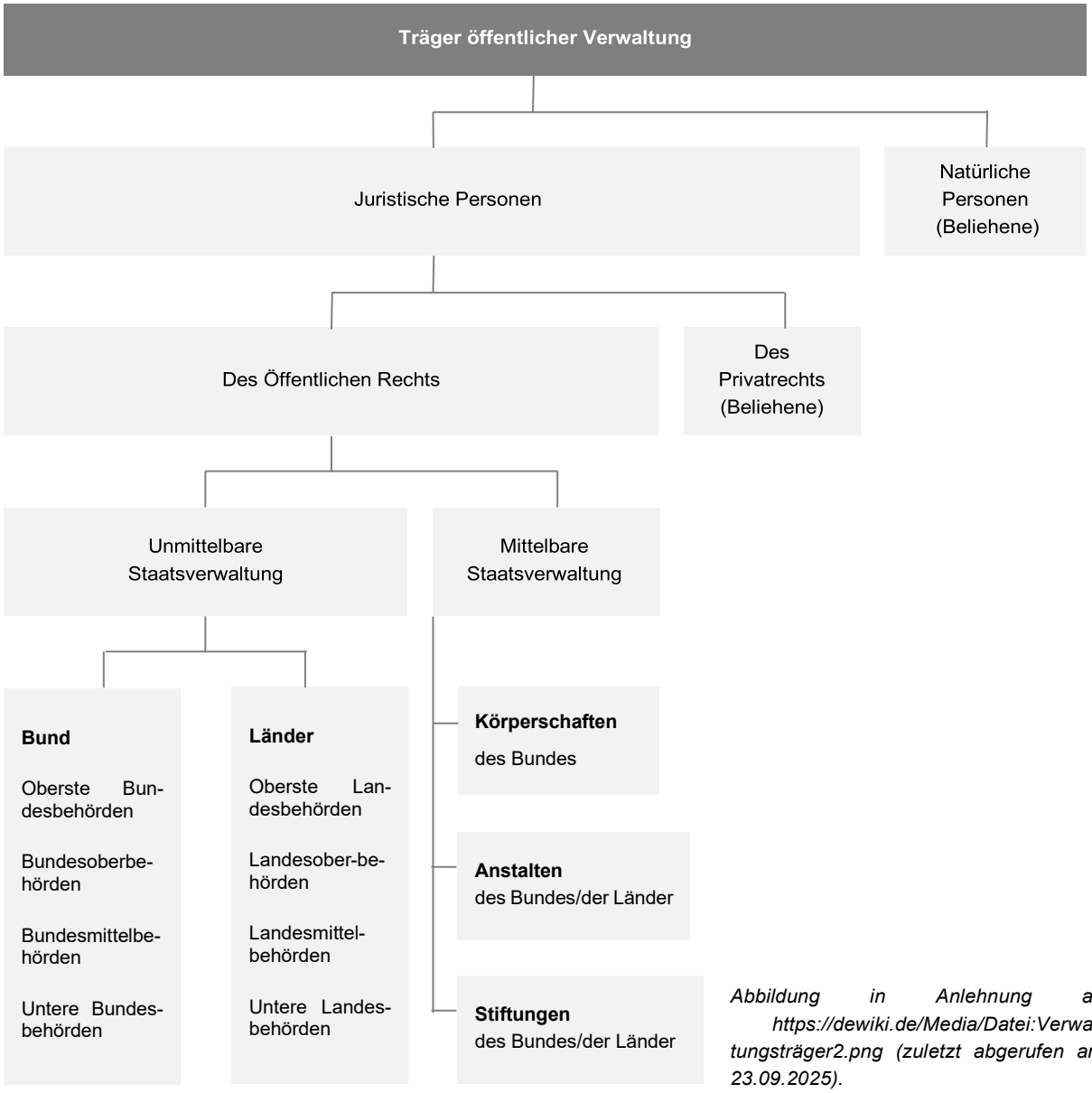


Abbildung in Anlehnung an https://dewiki.de/Media/Datei:Verwaltungsträger2.png (zuletzt abgerufen am 23.09.2025).

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 *(bspw. 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 i.R.d. staatlichen Parteienfinanzierung.*[3]

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 insb. spezifisch hoheitliche Befugnisse.

Zur Abgrenzung dieser beiden Rechtsgebiete wurden mehrere Theorien entwickelt.[4] Relevant ist die Abgrenzung insb. i.R.d. verwaltungsgerichtlichen Klage. Gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nur 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 insb. 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)*. 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

[3] BVerwG, Beschluss v. 4.2.2003, Az. 6 B 68.02, NJW 2003, 1135.

[4] Siehe hierzu *Detterbeck*, AllgVerwR, 21. Aufl. 2023, § 30 Rn. 1323 ff.

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: *Die* ***Interessentheorie*** *beurteilt das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit ebenfalls nach der 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!**

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 i.R.d. Eingriffsverwaltung oder i.R.d. Leistungsverwaltung tätig wird. Während der Vorbehalt des Gesetzes i.R.d. Eingriffsverwaltung unstreitig zur Geltung kommt (wegen des Schutzes der Bürger vor staatlichen Eingriffen durch die Grundrechte als Abwehrrechte; zumindest der Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG ist immer eröffnet), wird er i.R.d. Leistungsverwaltung nur eingeschränkt angewendet: Ausreichend ist hier nach h.M.

[5] BVerwG, Beschluss v. 26.5.2010, Az. 6 A 5.09, NVwZ-RR 2010, 682.
[6] Hierzu ausführlich *Detterbeck*, AllgVerwR, 21. Aufl. 2023, § 30, Rn. 1325 ff.
[7] Hierzu einführend *Detterbeck*, AllgVerwR, 21. Aufl. 2023, § 7 Rn. 256 ff.

eine demokratische Legitimation i.S.e. 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 – insb. 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 S. 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

Gem. § 1 Abs. 1 Hs. 2 VwVfG gilt die Begriffsbestimmung des VA subsidiär (d.h., wenn § 35 S. 1 VwVfG als *lex generalis* nicht von einer spezielleren Vorschrift verdrängt wird) i.R.d. Anwendungsbereichs des VwVfG (also insb. 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 Begriff des VA (vgl. §§ 42, 68 ff., 113 VwGO) auf Bundes- oder Landesrecht Bezug nimmt. Da jedoch die jeweiligen §§ 35 S. 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. Aufgrund dessen sind die übrigen Arten des Verwaltungshandelns typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass es ihnen an einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 35 S. 1 VwVfG 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

[8] BVerwG, Urteil v. 21.3.1958, Az. VII C 6.57, BVerwGE 6, 282 (287); ablehnend *Detterbeck*, AllgVerwR, 21. Aufl. 2023, § 7 Rn. 290 ff.

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

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. statthaften 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 S. 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 S. 1 VwVfG exemplarisch die Verfügung und die Entscheidung genannt. Handlungen, denen es an jedwedem Erklärungswert fehlt, sind keine Maßnahmen i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG.

Das Merkmal „**hoheitlich**“ wird dahingehend ausgelegt, dass die Maßnahme *einseitig* von der Verwaltung getroffen wird. Dies ist bspw. 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. Insoweit finden die allgemeinen Theorien zur Abgrenzung des Öffentlichen Rechts vom Privatrecht Anwendung.[11] In der Fallbearbeitung ist dies

[10] Zu den Merkmalen des VA-Begriffs mit Beispielfällen *Kahl*, JURA 2001, 505 ff.
[11] Siehe unter A. III; Skript zum Verwaltungsprozessrecht Teil II, S. 3 ff.

häufig bereits Gegenstand der Prüfung der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Insofern reicht regelmäßig ein Verweis auf die Ausführungen zur Eröffnung des Rechtswegs aus.

Von § 35 S. 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.

Hinweis: *Die Ausübung des Hausrechts einer öffentlichen Einrichtung kann sich sowohl aus öffentlich-rechtlichen als auch aus privatrechtlichen Normen ergeben kann. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG ist bei der Feststellung darauf abzustellen, welche Rechtsnormen die Rechtsbeziehungen der Betroffenen und damit das Hausverbot im Einzelfall prägen.*[12] *Betritt der Adressat des Hausverbots demnach das behördliche Gebäude zur Regelung von öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (z.B. Beantragung staatlicher Leistungen), ist auch das Hausverbot öffentlich-rechtlich. Da diese Abgrenzung aber das Betreten zu (ausschließlich) Störungszwecken nicht erfasst und ggf. der Zweck des Betretens dem Hausrechtsinhaber nicht bekannt ist, wird zu Recht zunehmend darauf abgestellt, ob das Hausverbot der Sicherung der widmungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung einer öffentlichen Einrichtung dient. Dann ist das Hausverbot 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 **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.[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.

BVerwG, Urteil v. 8.9.2005, Az. 3 C 50/04, Rn. 23-25.

Sachverhalt: Die Beteiligten stritten über die Pflicht der Klägerin zur Verzinsung eines inzwischen zurückgezahlten Darlehens, das ihr als zinsloses Darlehen i.H.v. 8 Mio. DM gem. der Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen des Landes Sachsen-Anhalt zur Förderung einer nachhaltigen Stadtentwicklung für die Errichtung einer Tiefgarage gewährt worden war.

In dem Bewilligungsbescheid 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. Das Darlehen war spätestens bis zum 31.12.2003 zurückzuzahlen.

[12] BVerwGE 35, 103 (106); OVG Bremen NJW 1990, 931; *von Alemann/Scheffczyk*, in: BeckOK VwVfG, 68. Ed. 2025, § 35 Rn. 219.

[13] OVG Magdeburg NVwZ-RR 2018, 134 (135 Rn. 5); OVG Hamburg NJW 2014, 1196 (1197); OVG Münster NJW 2011, 2379 mwN; NVwZ-RR 1989, 316 f.; VGH Kassel NJW 1990, 1250; *von Alemann/Scheffczyk*, in: BeckOK VwVfG, 68. Ed. 2025, § 35 Rn. 220.

[14] Vgl. Skript zum Verwaltungsprozessrecht Teil II, S. 4 f.

Mit Schreiben vom 07.12.1999 teilte die Klägerin die Veräußerung der Tiefgarage mit. Daraufhin forderte das Regierungspräsidium die Klägerin durch Bescheid vom 01.12.2000 zur Rückzahlung des Darlehens i.H.v. 8 Mio. DM nebst 3% Zinsen über dem Basiszinssatz seit Auszahlung auf und focht zugleich den Darlehensvertrag 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.

*„[…] **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 […].

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."

3. Behörde

Die Maßnahme muss einer Behörde zurechenbar sein. Behörde im funktionellen Sinne des § 35 S. 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 Umzugsunternehmen[15] und die Erstellung eines Kostenbescheides durch private Abschleppunternehmen.[16]

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 S. 1 GG).[17] Auch Privatpersonen können demnach Behörden sein, wenn ihnen durch Beleihung Hoheitsrechte übertragen wurden (s.o. unter A.II.2.).

[15] VGH BW, Urteil v. 16.12.2009, Az. 1 S 3263/08, DÖV 2010, 410.
[16] OVG NRW, Urteil v. 17.12.2020, Az. 5 A 2300/19, NZV 2022, 190.
[17] VG Berlin, Urteil v. 18.6.2001, Az. 27 A 344/00, NJW 2002, 1063.

4. Regelung

Eine Maßnahme, die zur Regelung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG ergeht, ist darauf gerichtet, unmittelbar eine Rechtsfolge zu setzen.[18] 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 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 S. 1 VwVfG ist als Einzelfallregelung 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.

[18] BVerwG, Urteil v. 21.6.2017, Az. 6 C 3/16, NVwZ 2017, 1786 (1787).

Ein VA liegt auch bei **abstrakt-individuellen** Regelungen vor, da es sich hierbei auch um die Regelung eines Einzelfalls gem. § 35 S. 1 VwVfG handelt.[19]

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

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

- Die personenbezogene Verfügung ist an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren 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).
- Die benutzungsbezogene Verfügung betrifft die Benutzung einer Sache durch die Allgemeinheit (z.B. das Verkehrsschild).

	KONKRET	**ABSTRAKT**
INDIVIDUELL	VA § 35 S. 1 VwVfG	VA § 35 S. 1 VwVfG
GENERELL	Allgemeinverfügung § 35 S. 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.

[19] Beispiele bei *Heyle*, NVwZ 2008, 390; ablehnend: *von Alemann/Scheffczyk*, in: BeckOK VwVfG, 68. Ed. 2025, § 35 Rn. 194.

***Beispiel**: 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.*[20]

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 insb. Beamte. In dieser Beziehung wird regelmäßig zwischen Maßnahmen im Grundverhältnis (Außenverhältnis) und Maßnahmen im Betriebsverhältnis (Innenverhältnis) unterschieden.[21]

Wird bspw. 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 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 S. 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 und Einzelprobleme

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.

[20] OVG NRW, Beschluss v. 15.1.1987, Az. 15 A 563/84, NJW 1987, 2695 (2695).
[21] Ausführlich gegen diese Abgrenzung: *Ehlers/Pünder*, AllgVerwR, 16. Aufl. 2022, § 21 Rn. 46 f.

***Beispiele**: Qualifizierung einer Rechnung als VA, da ein Widerspruchsbescheid erlassen wurde[22]; das behördeninterne Verbot einer „deutlich über den Hemdkragen reichenden Haarlänge" bei Polizisten, welches durch einen Widerspruchsbescheid VA-Qualität erlangte.[23]*

***Exkurs:** Nach anderer Auffassung kann die Form allenfalls als Indiz für das tatsächlich Gewollte dienen und nicht per se die VA-Qualität begründen.[24] Die Abgrenzung hat 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 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.[25]

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:[26]

1. Konkretisierungs- bzw. Klarstellungsfunktion

Durch einen VA kann bindend festgestellt werden, dass eine bestimmte generell-abstrakte Regelung auf einen konkreten Einzelfall (nicht) anwendbar ist.[27] 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.

---

[22] BVerwG, Urteil v. 26.6.1987, Az. 8 C 21/86, NVwZ 1988, 51 (52).

[23] OVG Koblenz, Beschluss v. 22.9.2003, Az. 2 B 11357/03, NJW 2003, 3793 (3794).

[24] *Voßkuhle/Kaufhold,* JuS 2011, 34 (36); anders die h.M., BVerwG, Urteil v. 1.10.1963, 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. Aufl. 2023, § 35 Rn. 16 ff.

[25] *Stelkens,* in: Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 35 Rn. 62 ff.; ausführlich: *Blunk/Schroeder*, JuS 2005, 602.

[26] In aller Kürze hierzu *Fehling,* JA 1997, 482 m.w.N.

[27] BVerwG, Urteil v. 29.4.1988, Az. 9 C 54/87, NVwZ 1988, 941.

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 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)*.[28]

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 VA[29] 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.

***Beispiel**: Ein bloßer Hinweis auf die geltende Rechtslage ist bspw. die Mitteilung über den Punktestand im Fahreignungsregister.[30]*

[28] Vgl. hierzu das Skript zum Verwaltungsprozessrecht Teil II.
[29] Vgl. hierzu BVerwG, Urteil v. 5.11.2009, Az. 4 C 3/09, NVwZ 2010, 133.
[30] BVerwG, Beschluss v. 15.12.2006, Az. 3 B 49/06, NJW 2007, 1299 (1300).

2. Begünstigende und belastende Verwaltungsakte

Der begünstigende VA ist in § 48 Abs. 1 S. 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 S. 1 VwVfG gilt) sind für den Betroffenen nachteilig und daher belastend. Das sind insb. 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 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 VA benötigen zum Erlass die Mitwirkung weiterer Behörden *(z.B. Baugenehmigung mit Einvernehmen der Gemeinde gem. § 36 BauGB)*.[31] Streitig ist, wie der Mitwirkungsakt anzusehen ist.[32] 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.

[31] BVerwG, Urteil v. 25.10.1967, Az. IV C 129/65, NJW 1968, 905.
[32] Vgl. *Detterbeck*, AllgVerwR, 21. Aufl. 2023, § 10 Rn. 507 ff.

V. Wirksamkeitsvoraussetzungen des Verwaltungsaktes

Entscheidend für die Rechtswirksamkeit eines VA ist gem. § 43 Abs. 1 VwVfG allein seine Bekanntgabe ggü. 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 *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.

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, ggü. denen der VA (noch) nicht bekannt gegeben wurde – angefochten werden (str.).[33] 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.

***Hinweis**: 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.[34]*

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 S. 1 VwVfG nur für den Betroffenen, dem ggü. der VA individuell bekannt gegeben wurde. Ein VA kann daher ggü. 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.

---

[33] So BVerwG, Urteil v. 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, 68. Ed. 2025, § 41 Rn. 61: § 43 Abs. 1 Alt. 2 VwGO); zum Scheinverwaltungsakt: *Blunk/Schroeder,* JuS 2005, 602.

[34] OLG Hamm, Beschluss v. 27.5.2014, Az. 5 RBs 13/14, BeckRS 2014, 13068.

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.

3. Bekanntgabe

Die Bekanntgabe ist in § 41 VwVfG geregelt. Gem. § 41 Abs. 1 VwVfG trifft die Behörde die Pflicht zur individuellen Bekanntgabe eines VA ggü. 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

Für die Bekanntgabe wie auch für den VA gilt die Formfreiheit, d.h. die Form der Bekanntgabe liegt im Ermessen der Behörde. Die h.M. nimmt dabei an, dass die Form der Bekanntgabe von der für den VA vorgeschriebenen Form beeinflusst wird.[35] Demnach sind insb. 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 S. 1 VwVfG NRW ist auch die Übermittlung elektronischer Dokumente zulässig, soweit der Empfänger hierfür einen Zugang eröffnet. Von einer Zugangseröffnung ist nach der Verkehrsauffassung 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

[35] *Wolff/Decker*, VwGO/VwVfG, 4. Aufl. 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 v. 24.1.1992, 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.

dass bereits in der Vergangenheit in diesem Verfahren zwischen der Behörde und dem Bürger auf diesem Weg korrespondiert wurde.[36]

Exkurs: *Verkehrszeichen qualifiziert die inzwischen st. Rspr. als Allgemeinverfügung gem. § 35 S. 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[37]). Die verwaltungsprozessuale Frist des § 58 Abs. 2 VwGO beginnt gleichwohl erst mit dem erstmaligen Passieren des Verkehrszeichens.[38]*

BVerwG, Urteil v. 24.5.2018, Az. 3 C 25/16, Rn. 15 – *Bekanntgabe von Verkehrszeichen*

Sachverhalt: Die Klägerin stellte ihren Pkw am 19.8.2013 auf einer öffentlichen Straße vor dem Nachbarhaus ihrer Wohnung ab und flog anschließend in den Urlaub. Am Vormittag des 20.8.2013 stellten Mitarbeiter eines privaten Umzugsunternehmens – auf der Grundlage einer straßenverkehrsrechtlichen Ausnahmegenehmigung der beklagten Stadt vom 15.8.2013 – in dem betreffenden Straßenabschnitt zwei mobile Haltverbotsschilder 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 23.8.2013 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 wird. Dort holte es die Klägerin am 5.9.2013 gegen Zahlung von 176,98 EUR für Abschlepp- und Verwahrungskosten ab. Mit Bescheid vom 7.10.2013 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."*

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 S. 1 VwVfG eine Zugangsfiktion, wonach ein schriftlicher VA **vier** Tage nach seiner Aufgabe zur Post als bekannt gegeben gilt, und zwar

[36] OVG Münster, Beschluss v. 13.11.2014, Az. 2 B 1111/14, NVwZ-RR 2015, 172.
[37] BVerwG, Urteil v. 24.5.2018, Az. 3 C 25.16, NJW 2018, 2910, mit Besprechung bei *Waldhoff,* JuS 2011, 953.
[38] BVerwG, Urteil v. 13.09.2010, Az. 3 C 37/09, NJW 2011, 246.

selbst dann, wenn der VA bereits vorher beim Adressaten eingeht. Der vierte 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.[39]

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.

b) Materielle Bestandskraft

Unter materieller Bestandskraft wird die Verfestigung der inhaltlichen Bindungswirkung des VA verstanden, welche 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.

Allerdings kann ein bestandskräftiger VA 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 i.R.d. Eingriffsverwaltung einer Ermächtigungsgrundlage. I.R.d. Leistungsverwaltung ist dagegen i.d.R. irgendeine demokratische Legitimation ausreichend.[40]

BVerwG, Urteil v. 21.3.1958, Az. VII 6/57 – *Ölmühle (Gesetzesvorbehalt bei Leistungsgewährung)*

Sachverhalt: Im Zusammenhang mit der Öl- und Fettbewirtschaftung wurden in den Jahren zwischen 1934 und 1950 zur Sicherstellung einheitlicher und gleichbleibender Verkaufspreise laufend preisausgleichende Maßnahmen durchgeführt. Die im Laufe der Zeit verschiedenartig gestaltete Regelung des Preisausgleichs bestand im Wesentlichen darin, dass den Ölmühlen i.H.d. Unterschiedsbetrages zwischen den Einkaufspreisen der Rohware zzgl. 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

[39] Siehe auch BVerwG, Beschluss v. 24.3.2015, Az. 1 B 6.15, BeckRS 2015, 44578.

[40] Wie zuvor: So BVerwG, Urteil v. 21.3.1958, Az. VII C 6.57, BVerwGE 6, 282 (287); ablehnend *Detterbeck*, AllgVerwR, 21. Aufl. 2023, § 7 Rn. 290 ff.

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 i.H.v. 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.e. 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 Recht darauf durch einen begünstigenden Verwaltungsakt der Behörde begründet werden kann.“*

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.[41]

Die Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage kann bereits hier geprüft werden.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

I.R.d. formellen Rechtmäßigkeit sind 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 <u>örtliche</u> Zuständigkeit bestimmt den räumlichen Tätigkeitsbereich der Behörde und ist in Spezialgesetzen oder § 3 VwVfG geregelt.

[41] OVG Münster, Urteil v. 22.2.2005, Az. 15 A 1065/04, NVwZ-RR 2006, 86 (88).

- 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 i.R.d. hierarchischen Behördenaufbaus zuständig ist. Geregelt ist dies in Spezialgesetzen. Für Widerspruchsverfahren gilt § 73 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 VwGO („nächsthöhere Behörde“).

b) Verfahren

Unter dem Prüfungspunkt „ordnungsgemäßes Verfahren“ ist insb. 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 insb. 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 an keine feste Form geknüpft. Gem. § 37 Abs. 2 VwVfG ergehen sie *z.B. schriftlich, elektronisch, mündlich oder in anderer Weise*. Zu beachten sind jedoch ggf. spezialgesetzliche Vorschriften wie in § 74 Abs. 2 S. 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 S. 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 i.R.d. 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 S. 2 VwGO kann die Behörde ihre Ermessenserwägungen noch im Verwaltungsprozess ergänzen, wenn sie ihr Ermessen bereits tatsächlich ausgeübt hat.[42] 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.

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 S. 2 VwGO handeln.

BVerwG, Urteil v. 13.12.2011, Az. 1 C 14/10, Rn. 7-8.

Sachverhalt: Der Kläger, ein irakischer Staatsangehöriger, wendet sich gegen seine Ausweisung. Er kam 2002 nach Deutschland und heiratete 2005 eine ukrainische Staatsangehörige, die eine Niederlassungserlaubnis besaß. 2006 wurde er wegen Vergewaltigung 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 bestätigte die Entscheidung des VG im Ergebnis.

„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*

[42] BVerwG, Urteil v. 5.9.2006, Az. 1 C 20.05, NVwZ 2007, 470 (471).

– 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."*

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 einem anderen Zweck dienende Rechtsgrundlage gestützt wird).

Beispiel*: Die zunächst mit einem Verstoß gegen Sicherheitsbestimmungen begründete Unzuverlässigkeit i.S.v. § 35 Abs. 1 S. 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.*[43]

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

3. Materielle Rechtmäßigkeit

I.R.d. 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).*

[43] Vgl. VG Lüneburg, Urteil v. 21.12.2016, Az. 5 A 1/16, BeckRS 2016, 111389.

a) Gerichtliche Überprüfbarkeit[44]

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.

Der h.M. folgend ist die behördliche Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs grundsätzlich **voll gerichtlich überprüfbar**. Diese Ansicht stützt sich in ihrer Argumentation insb. auf die Rechtswegga-rantie des Art. 19 Abs. 4 GG und auf die Grundsätze des Gesetzesvorbehalts und der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG).[45]

Die h.M. macht jedoch eine **Ausnahme** für den Fall, dass ein unbestimmter Rechtsbegriff mit **Beurtei-lungsspielraum** 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) Prüfungsentscheidungen[46]

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 fachwissenschaftli-chen Fragen. Nur die prüfungsspezifischen Wertungen unterliegen der eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle, während bei fachwissenschaftlichen Fragen kein Beurteilungsspielraum besteht und diese so-mit unbeschränkt überprüfbar sind.

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

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

- die Verfahrensvorschriften eingehalten wurden,
- die Entscheidung ausreichend begründet wurde,

---

[44] Siehe dazu Fall 4 bei *Ernst*, Fälle zum AllgVerwR, 5. Aufl. 2025, S. 60 ff.

[45] BVerfG, Urteil v. 29.5.2002, Az. 2 BvR 723/99, NVwZ 2002, 1368; BVerfG, Urteil v. 8.12.2011, Az. 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694 (695); Einer Mindermeinung nach besteht nur eine beschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit der Anwendung unbe-stimmter Rechtsbegriffe. Demnach ist es den Gerichten nur möglich, die äußeren Grenzen des gerichtsfreien Beurteilungsspiel-raums auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Diese Ansicht führt jedoch dazu, dass die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG leer läuft, da das Gericht keine materielle Kontrolle ausüben darf.

[46] BVerfG, Beschluss v. 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 AllgVerwR, 4. Aufl. 2007, S. 89 ff. und Fall 5 bei *Bretthauer/Collin/Egidy/Spiecker gen. Döhmann*, 40 Klausuren aus dem Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2020, S. 75 ff.

- von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen wurde,[47]
- 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.[48]*

BVerfG, Beschluss v. 17.4.1991, Az. 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83.

Rechtsprechung: Der Bf. 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 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 Bf. zu 2 (1 BvR 213/83) hat am 7.2.1978 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 Bf. 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*

[47] BVerwG, Urteil v. 12.11.1997, Az. 6 C 11.96, BVerwGE 105, 328 (332).
[48] BVerfG, Urteil v. 17.04.1991, Az. 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, BVerfGE 84, 34.

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****."*

- *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).*[49]

BVerwG, Urteil v. 23.05.2012, Az. 6 C 8/11.

Sachverhalt: Zum Rechtsschutz gegen Prüfungsentscheidungen in der Ersten Juristischen Staatsprüfung: Die Klägerin legte Widerspruch gegen den Bescheid, mit dem ihr der Beklagte das Nichtbestehen der Ersten Juristischen Staatsprüfung mitteilte, ein. Auf diesen Widerspruch hob das Justizprüfungsamt den Bescheid 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 erneut das Nichtbestehen mit. Ihren hiergegen gerichteten Widerspruch wies der Beklagte 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."*

bb) Beamtenrechtliche Beurteilungen

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

[49] BVerwG, Urteil v. 27.4.1999, Az. 2 C 30.98, NVwZ 2000, 921; Ausführlich: *Birnbaum*, NVwZ 2006, 286 ff.

cc) Prognose- und Risikobewertungen

I.R.v. bestimmten Prognose- und Risikobewertungen hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Einschätzung künftiger Entwicklungen der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum eingeräumt.[50]

Exkurs: *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**[51] 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**[52], 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)."*[53]

BVerwG, Urteil v. 30.10.2019, Az. 6 C 18/18, Rn. 19 – *Bushido Entscheidung*

Sachverhalt: Der Kläger ist Rapper mit Künstlernamen „Bushido". Er wandte sich gegen die Aufnahme seines Studioalbums „Sonny Black", das der Musikrichtung Gangsta-Rap zuzuordnen ist, in die Liste für jugendgefährdende Medien. Das Zwölfer-Gremium [der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien] beschloss, dass das Album in Teil A der Liste der jugendgefährdenden Medien eingetragen wird. In den Gründen des Bescheids 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 vermittle die Botschaft, dass ein Lebensstil und ein Selbstverständnis zum Erfolg führten, die sich auf die offene Begehung von Straftaten, hemmungslose Gewalttätigkeit, Demütigungen, Einschüchterungsgebaren und das Fehlen jeglicher Empathie gründeten. Die Texte übten trotz ihres Inszenierungscharakters mit hoher Wahrscheinlichkeit einen schädlichen Einfluss auf hierfür empfängliche Minderjährige aus.

„Die durch § 19 Abs. 2 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."

[50] Auch der mögliche Eintritt von Nachteilen für die internationalen Beziehungen (hohe politische Tragweite) kann nur Gegenstand einer plausiblen und nachvollziehbaren Prognose sein, BVerwG, Urteil v. 29.10.2009, Az. 7 C 22.08, NVwZ 2010, 321.

[51] BVerfG, Beschluss v. 27.11.1990, Az. 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130.

[52] BVerwG, Urteil v. 30.10.2019, Az. 6 C 18.18, BVerwGE 167, 33.

[53] Vgl. hierzu die Entscheidungsbesprechung bei *Hufen,* JuS 2020, 1094.

dd) Höchstpersönliche Akte wertender Erkenntnis[54]

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:[55]

- 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 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 i.d.R. 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.

---

[54] BVerwG, Urteil v. 16.5.2007, 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).

[55] BVerfG, Urteil v. 10.12.2009, Az. 1 BvR 3151/07, NVwZ 2010, 435 (438); BVerwG, Beschluss v. 8.3.2012, Az. 6 B 36/11, NJW 2012, 2054 (2054).

Exkurs: *Einer klaren Einordnung in die Kategorien Ermessensvorschrift bzw. gebundene Entscheidung entziehen sich die sog.* ***Soll-Vorschriften****.*[56] *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".[57] Dies trifft unter anderem auf Soll-Vorschriften zu.

OVG Münster, Beschluss v. 15.8.2019, Az. 15 A 2782/18, Rn. 13-14.

Sachverhalt: Die Beklagte widerrief einen Zuwendungsbescheid, der mit der Auflage der Nr. 3.1 AN-Best-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 Zuwendungszwecks 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."*

b) Grenzen des Ermessens und ihre Kontrolle

Gem. § 40 VwVfG muss die Behörde ihr Ermessen in den gesetzlichen Grenzen und entsprechend dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage ausüben. Die gerichtliche Kontrollbefugnis von Ermessensentscheidungen ist gem. § 114 S. 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:

[56] BVerwG, Urteil v. 12.2.1991, Az. 1 C 4/89, NVwZ 1991, 1080 (1082); BVerwG, Urteil v. 16.5.1983, Az. 1 C 28/81, NJW 1984, 70 (71).

[57] BVerwG, Urteil v. 16.6.1997, Az. 3 C 22-96, NJW 1998, 2233 (2234); BVerwG, Urteil v. 5.7.1985, Az. 8 C 22/83, NJW 1986, 738 (739).

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 insb. kein eigenes Ermessen ausüben. Die Rechtmäßigkeitskontrolle der Gerichte nach § 114 S. 1 VwGO ist vielmehr auf die anerkannten Ermessensfehler beschränkt.

c) Ermessensfehler[58]

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 (**Ermessensfehlgebrauch**).

Für die Feststellung des Vorliegens eines Ermessenfehlers ist insb. 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.

***Beispiel**: 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.[59]*

bb) Ermessensunterschreitung

Bei der **Ermessensunterschreitung** erkennt die Behörde zwar, dass ihr ein Ermessensspielraum 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 S. 1 VwGO. Dabei ist zwischen zwei Varianten zu unterscheiden:

[58] Siehe dazu Fall 9 bei *Böhm/Gaitanides*, Fälle zum AllgVerwR, 4. Aufl. 2007, S. 78 ff.
[59] BVerwG, Urteil v. 13.12.1962, Az. III C 75.59, BeckRS 1962, 316.

- 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 insb. bei Willkür, böser Absicht, Missbrauch oder unangemessener Berücksichtigung privater Interessen der Fall.

BVerwG, Urteil v 27.4.1984, Az. 1 C 24/82.

Sachverhalt: 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****."*

I.R.d. 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 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 i.R.d. 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 null[60]

Im konkreten Einzelfall kann sich die i.R.d. Ermessens 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: Ermessenreduzierung bei hoher Intensität der Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit (Beeinträchtigung hochrangiger Rechtsgüter wie Leben oder Gesundheit)[61]; Straßenrecht: Sondernutzungserlaubnis für das Aufstellen von Wahlplakaten.[62]*

BVerwG, Urteil v. 28.10.2021, Az. 10 C 5/20, Rn. 27.

Sachverhalt: 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, angemessen 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****."*

e) Folgen von Ermessensfehlern

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

---

[60] Beispiele: BVerwG, Urteil v. 14.3.1984, Az. 6 C 107/82, NVwZ 1984, 727 (728); BVerwG, Urteil v. 30.9.2009, Az. 5 C 32/08, NJW 2010, 2074 (2077).

[61] OVG NRW, Beschluss v. 2.7.2020, Az. 15 A 2100/18, BeckRS 2020, 17888.

[62] OVG NRW, Beschluss v. 10.9.2020, Az. 11 B 1353/20, BeckRS 2020, 33723.

Ausnahmsweise unbeachtlich sind Ermessensfehlgebrauch 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.[63] 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 S. 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 S. 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.[64]

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 (**Versagungsgegenklage**), unterliegt die Behörde im Prozess und wird zur erneuten Entscheidung über das Begehren des Bürgers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts verurteilt (**Bescheidungsurteil**, § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO).

VII. Nebenbestimmungen zum VA[65]

Nebenbestimmungen sind behördliche Anordnungen, welche einem VA beigefügt werden, um ihn sachlich oder zeitlich zu beschränken. Der Erlass richtet sich – sofern nicht spezialgesetzlich geregelt – nach § 36 VwVfG. Die Behörde kommt dabei den Interessenten häufig entgegen, indem sie anstelle einer

[63] BVerwG, Urteil v. 26.11.1987, Az. 2 C 53.86, DVBl 1988, 687 (688).
[64] Vgl. hierzu OVG Münster, Urteil v. 17.5.1983, Az. 7 A 330/81, NJW 1984, 883.
[65] Siehe dazu *Voßkuhle/Kaiser,* JuS 2012, 699; Fall 9 bei *Ernst*, Fälle zum AllgVerwR, 5. Aufl. 2025, S. 134 ff.

Ablehnung des VA diesen mit einer Nebenbestimmung verzieht. So darf der Erlass eines VAs aus Verhältnismäßigkeitsgründen auch nicht abgelehnt werden, wenn das Hindernis durch eine Nebenbestimmung beseitigt werden kann.

Bei **gebundenen VA** sind Nebenbestimmungen nach § 36 Abs. 1 VwVfG nur zulässig, wenn sie durch spezialgesetzliche Regelung zugelassen sind oder wenn sie sicherstellen sollen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des VA erfüllt werden *(z.B. § 12 Abs. 2 AufenthG, § 17 BImSchG, § 14 Abs. 1 S. 1 AWG)*.

Bei **Ermessens-VA** ist dagegen der Erlass mit Nebenbestimmung stets zulässig (§ 36 Abs. 2 VwVfG), wobei eine Nebenbestimmung allgemein nicht dem Zweck des VA zuwiderlaufen darf (sog. Koppelungsverbot, § 36 Abs. 3 VwVfG). Außerdem gibt es allgemein nebenbestimmungsfeindliche VA *(wie z.B. die Beamtenernennung oder Prüfungsentscheidungen)*, was sich dann aus dem Wesen des VA ergibt.

1. Die verschiedenen Arten von Nebenbestimmungen

In § 36 Abs. 2 VwVfG werden fünf Arten von Nebenbestimmungen geregelt. Dabei ist die Auflistung nicht abschließend.

Befristung: Eine Befristung modifiziert die Wirksamkeit des VA in zeitlicher Hinsicht. Die Befristung kann **aufschiebend** *(z.B. ab 1.1.2025)*, **auflösend** *(z.B. bis zum 31.12.2025)* oder in Form einer **Zeitraumbefristung** *(z.B. ab 6.10.2025 bis zum 6.2.2026)* ergehen.

Bedingung: Eine Bedingung knüpft die Wirksamkeit der Regelung an den ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses. Diese ist **aufschiebend**, wenn die Wirksamkeit mit Eintritt des Ereignisses beginnt; sie ist **auflösend**, wenn sie mit Eintritt des Ereignisses wegfällt. Hängt der Eintritt des Ereignisses von dem Willen eines Beteiligten ab, dessen künftiges Handeln ungewiss ist liegt eine sog. **Potestativbedingung** vor *(z.B. Baugenehmigung mit der Bedingung Kfz-Abstellplätze zu schaffen)*.[66]

Widerrufsvorbehalt: Mit einem Widerrufsvorbehalt behält sich die Behörde vor, den erlassenen VA zu einem späteren Zeitpunkt zu widerrufen. Die Ermächtigung, davon Gebrauch zu machen beruht auf § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG oder entsprechenden fachgesetzlichen Vorschriften. Der Vorbehalt bewirkt, dass der Bürger nicht auf den Bestand des VA vertrauen kann. Sein Vertrauensschutz wird durch den Vorbehalt beschränkt.

Auflage: Mit der Auflage kann dem Adressaten eines begünstigenden VA ein Tun, Dulden oder Unterlassen auferlegt werden.[67] Auflagen sind ihrer Rechtsnatur nach zwar selbstständige VA, die jedoch zum Hauptverwaltungsakt akzessorisch sind.[68] Keine Auflagen i.S.e. Nebenbestimmung sind **modifizierende Auflagen**. Diese sind keine zu dem eigentlichen VA hinzukommende selbstständige Regelungen, sondern dienen lediglich der Beschreibung des Hauptinhalts des VAs (sog. Inhaltsbestimmung). *Wird z.B.*

[66] BVerfG, Beschluss v. 14.10.1970, Az.1 BvR 306/68, BVerfGE 29,265.

[67] Zur Abgrenzung von Bedingung und Widerrufsvorbehalt: *Stelkens,* in: Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 36 Rn. 86 ff.

[68] *Tiedemann*, in: BeckOK VwVfG, 68. Ed. 2025, § 36 Rn. 60, NVwZ 1985, 469 (470).

die Genehmigung eines Gebäudes mit Satteldach beantragt, aber ein Gebäude mit Flachdach genehmigt, so ist der Bau des Flachdaches keine selbstständige Pflicht, die neben die eigentliche Baugenehmigung tritt, sondern Gegenstand der Genehmigung, also des Hauptinhalts des VAs.

Auflagenvorbehalt: Der Auflagenvorbehalt dient dazu, der Behörde die Möglichkeit zu erhalten, zu einem späteren Zeitpunkt Auflagen aufzunehmen, zu ändern oder zu ergänzen.[69]

2. Abgrenzung und Auslegung

Die Abgrenzung einer Nebenbestimmung von einer Inhaltsbestimmungen ist teilweise schwierig. Die Inhaltsbestimmung ist ein *aliud* ggü. dem Antrag; eine inhaltliche Modifikation des begehrten VA. Eine Nebenbestimmung liegt daher dann nicht vor, wenn ein VA mit einem vom Antrag abweichenden Inhalt erlassen wird *(z.B. beantragt wird ein dreigeschossiges, genehmigt wird ein zweigeschossiges Wohnhaus; eine Bestimmung, die Zapfhähne einer Tankstelle mit einer Gaspendelanlage auszurüsten: VGH Mannheim NVwZ 1994, 709).*

***Hinweis**: Behörden verwenden in ihren VAen gelegentlich den Ausdruck „Auflage", obwohl es sich um modifizierenden Inhaltsbestimmungen handelt. Maßgeblich ist die rechtliche Funktion.*

Abgrenzungsprobleme können sich auch zwischen den verschiedenen Arten von Nebenbestimmungen ergeben. Besonders relevant ist die Abgrenzung, zwischen Auflagen und Bedingungen. Etwa kann das Ereignis der Bedingung in einem Tun, Dulden oder Unterlassen des Betroffenen liegen. Eine Abgrenzung ist dahingehend wichtig, als dass der mit einer Auflage verbundene VA sofort wirksam wird, während der mit einer aufschiebenden Bedingung versehene VA erst mit Eintritt der Bedingung wirksam wird.

Welche Art von Nebenbestimmung vorliegt, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Maßgeblich ist der materielle Gehalt und nicht die formelle Bezeichnung.

***Hinweis**: Die Auflage zwingt (und kann deshalb z.B. auch vollstreckt werden), suspendiert aber nicht (die Regelungswirkung des Haupt-VA tritt also sofort ein). Die Bedingung suspendiert (dh. vor Eintritt der Bedingung wird der Haupt-VA zwar wirksam, seine Regelungswirkung tritt aber nicht ein), aber sie zwingt nicht.[70]*

Aktuelle Entscheidungen zum Widerrufsvorbehalt sowie zur auflösenden Bedingung: BVerwGE NVwZ 2015, 1764; BVerwGE NVwZ 2016, 699.

3. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen

Klassisches Problem im Zusammenhang mit Nebenbestimmungen ist die Frage auf welche Weise Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen zu erreichen ist. Stört sich etwa der Betroffene eines begünstigenden VA ausschließlich an der Nebenbestimmung, stellt sich die Frage, ob er gegen diese isoliert vorgehen kann.

Zwei Rechtsschutzvarianten kommen hier in Betracht: eine **Anfechtungsklage gegen die Nebenbestimmung** oder aber eine **Verpflichtungsklage auf Erlass eines nebenbestimmungsfreien Haupt-**

[69] BVerwG, Beschluss v. 18.8.1982, Az. 4 N 2/81, NVwZ, 1983, 32.

[70] *Vgl. Savigny,* System des heutigen römischen Rechts III, 1840, S. 231.

VAs. Aus der Sicht des Betroffenen ist die isolierte Anfechtungsklage gegen die Nebenbestimmung günstiger: Denn die Nebenbestimmung wird hier suspendiert (§ 80 Abs. 1 S. 1 VwGO), sodass der Betroffene unter Umständen zunächst faktisch so steht, als sei ein nebenbestimmungsfreier VA ergangen.

Früher standen im Wesentlichen vier Auffassungen gegenüber:

- **Immer Verpflichtungsklage** (Arg.: Der Verwaltung werde durch die isolierte Anfechtung der Nebenbestimmung ein VA aufgedrängt, den sie so nicht erlassen wollte.)
- **Immer Anfechtungsklage** (Arg.: § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO lässt die Teilanfechtung des VAs zu [„soweit"].)
- **Unterscheidung nach Art der Nebenbestimmung** (Arg.: Auflage und Auflagenvorbehalt können nach dem Wortlaut des § 36 Abs. 2 VwVfG als selbständige VA auch selbständig angefochten werden, i.Ü. ist aber nur die Verpflichtungsklage statthaft.)
- **Unterscheidung nach Art des Haupt-VA** (Arg.: Anfechtungsklage nur bei gebundenem VA, Verpflichtungsklage dagegen bei Ermessens-VA, um den Entscheidungsfreiraum der Behörde zu wahren.)

***Hinweis**: Das Problem ist heute im Wesentlichen geklärt. Der Meinungsstreit sollte in einer Klausur nur knapp skizziert werden (Vertiefung dazu: Hufen, JuS 2020, 998; Maurer/Waldhoff AllgVerwR, 21. Aufl. 2024, § 12 Rn. 23 ff.)*

Den Streit hat das BVerwG mit einer Grundsatzentscheidung im Jahr 2000 beantwortet:

BVerwGE 112, 221, Urteil v. 22.11.2000, Az. 11 C 2/00, Rn. 25.

Sachverhalt: Auf Antrag der Deutschen Bahn AG stellte das Eisenbahn-Bundesamt mit Beschluss vom 9.12.1997 einen Plan für den Ausbau der Bahnstrecke Mainz fest (Planfeststellungsbeschluss). Die vorgesehenen Änderungen – Gleisverschiebung und Neubau bzw. Verlängerung von Überholungsgleisen – würden zu Erhöhung der Zuggeschwindigkeiten und der Zugzahlen und somit zu einer Lärmerhöhung führen. Neben Lärmschutzmaßnahmen ordnete das Eisenbahn-Bundesamt im Planfeststellungsbeschluss eine sog. "Schallschutzgarantie" an: Bei berechtigten Zweifeln seien Nachmessungen möglich, im Anschluss sei die Deutsche Bahn AG dann ggf. zur Nachbesserung des Lärmschutzes verpflichtet. Die Rechtsnachfolgerin der Deutsche Bahn AG möchte diese „Schallschutzgarantie" gerichtlich aufheben lassen.

*„[G]egen belastende Nebenbestimmungen eines Verwaltungsakts [ist] die **Anfechtungsklage** gegeben. […] Ob diese Klage zur isolierten Aufhebung der Nebenbestimmung führen kann, hängt davon ab, ob der begünstigende Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung **sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann**; dies ist eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Anfechtungsbegehrens, **sofern nicht eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vornherein ausscheidet**. Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier nicht vor."*[71]

[71] Die Ausnahme, dass die Anfechtungsklage bei offensichtlicher Unteilbarkeit ausscheidet, wurde auch unlängst durch das OVG Münster hervorgehoben (Beschluss v. 18.1.2024, Az. 8 B 1160/23).

Damit wird heute überwiegend davon ausgegangen, dass Rechtsschutz gegen echte Nebenbestimmungen **mit der Anfechtungsklage** zu erreichen ist, vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO. Freilich muss es sich auch tatsächlich um eine Nebenbestimmung handeln und nicht lediglich um eine Inhaltsbestimmung.

Voraussetzung für die isolierte Anfechtung ist die **prozessuale und materielle Teilbarkeit** von Haupt-VA und Nebenbestimmung.

Die **prozessuale Teilbarkeit** ist zu verneinen, wenn die isolierte Anfechtung offenkundig von vornherein ausscheidet oder (bei Ermessens-VA) eine Begünstigung ganz anderen Inhalts entstehen würde.[72]

***Hinweis**: Die prozessuale Teilbarkeit ist als Zulässigkeitsfrage iRd statthaften Rechtsschutzform zu erörtern.*

Die **materielle Teilbarkeit** ist eine Frage der Begründetheit.

Umstritten ist, ob ein isoliertes Aufheben einer Nebenbestimmung bei Ermessensakten überhaupt infrage kommt. Teile der Literatur lehnen dies ab und nehmen an, dass eine materielle Teilbarkeit nur bei gebundenen Entscheidungen bestehen kann, weil der Behörde bei Ermessensentscheidungen ein ungewollter „Rest-VA“ aufgedrängt würde. Das BVerwG folgt dem nicht:

BVerwGE 167, 60, Urteil v. 6.11.2019, Az. 8 C 14/18, Rn. 14 ff.

Sachverhalt: Dem Kläger wurde 2014 die bundesweite Veranstaltung und der Eigenvertrieb einer Fernsehlotterie sowie der Eigenvertrieb seines Glücksspielangebots im Internet erlaubt. Dieser Erlaubnis wurden zahlreiche Nebenbestimmungen beigefügt. Der Kläger will mehrere dieser Nebenbestimmungen isoliert anfechten. Die Beklagte meinte, der isolierten Aufhebung der Nebenbestimmungen stünde entgegen, dass diese zusammen mit dem Haupt-VA i.R.e. einheitlichen Ermessensentscheidung erlassen worden seien.
Zudem stellte der 8. Senat fest, dass sowohl die angegriffene Nebenbestimmung als auch der verbleibende „Rest-VA“ rechtwidrig sind bzw. wären (Rn. 17, 23).

*„Zutreffend erkannt hat das Berufungsgericht auch, dass die selbständige Anfechtbarkeit von Auflagen **nicht schon deshalb ausscheidet**, weil diese Auflagen und der Hauptverwaltungsakt, dem sie beigefügt wurden, aufgrund einer **einheitlichen Ermessensentscheidung** ergangen sind. […] Dass bei Vorliegen einer einheitlichen Ermessensentscheidung die gerichtliche Aufhebung allein der rechtswidrigen Nebenbestimmung zunächst eine Begünstigung zurücklässt, die die Behörde so nicht hat gewähren wollen, rechtfertigt nicht dem Betroffenen die Anfechtung als Rechtsmittel prinzipiell vorzuenthalten. Liegen auch die Voraussetzungen einer isolierten Aufhebung der rechtswidrigen Nebenbestimmung vor, kann die Behörde von bestehenden Widerrufsmöglichkeiten, etwa aufgrund eines Widerrufsvorbehaltes oder nach § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG, Gebrauch machen, um den nach erfolgreicher isolierter Anfechtung von Nebenbestimmungen verbleibenden restlichen Verwaltungsakt aufzuheben.“*

Umstritten war auch, ob der verbleibende Haupt-VA rechtmäßig sein/bleiben muss.

[72] BVerwG, Beschluss v. 17.7.1995, Az. 1 B 23/95, NVwZ-RR 1996, 20; BVerwG, Urt. v. 6.11.2019, Az. 8 C 14/18, NVwZ 2021, 163 Rn. 13.

BVerwGE 167, 60, Urteil v. 6.11.2019, Az. 8 C 14/18, Rn. 18 ff.

Nach dem Urteil des 8. Senats vom darf eine belastende Nebenbestimmung, die einem begünstigenden VA beigefügt wurde, im Anfechtungsprozess nur dann isoliert aufgehoben werden, ***wenn der verbleibende VA für sich genommen rechtmäßig ist****. Begründung ist, dass der von § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO vorausgesetzte* ***materiell-rechtliche Aufhebungsanspruch*** *mit dem Leistungsanspruch korrespondiere. Stehe die Begünstigung dem Kläger nach materiellem Recht nicht zu, bestehe auch kein Anspruch auf isolierte Aufhebung einer der rechtswidrigen Begünstigung beigefügten, ihrerseits rechtswidrigen Nebenbestimmung.*

BVerwGE 175, 184-192, Beschluss v. 29.3.2022, Az. 4 C 4/20, Rn. 6 ff.

„Diesen Erwägungen 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 VA vermittelte Rechtsposition. Auch ein rechtswidriger VA verleiht dem Begünstigten eine schutzwürdige Rechtsposition und damit ein subjektives öffentliches Recht."

Sachverhalt: Das vom Kläger in der Nähe der A 3 errichtete Bauvorhaben liegt innerhalb einer Bauverbotszone nach § 9 Abs. 1 FStrG. Der zuständige Landesbetrieb Straßenbau NRW erteilte dem Kläger eine bis Ende November 2016 befristete Ausnahme vom fernstraßenrechtlichen Bauverbot; auch die Baugenehmigung vom 2.3.2016 wurde bis Ende November 2016 befristet. Der Kläger begehrte unter anderem die Aufhebung der Befristung.

„Ob die Voraussetzung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann betrifft nach Auffassung des Senats die ***materielle Teilbarkeit von Nebenbestimmung und VA****. Maßgeblich ist, ob zwischen der Nebenbestimmung und dem eigentlichen Inhalt des VA ‚ein Zusammenhang besteht, der die isolierte Aufhebung ausschließt. […] Es ging stets darum, ob die Genehmigung (Begünstigung) ohne die belastende Nebenbestimmung rechtswidrig wäre bzw. erteilt werden dürfte. Das heißt, die Formulierung "sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann" zielt darauf, ob die Rechtsordnung eine Genehmigung (Begünstigung) ohne die angefochtene Nebenbestimmung erlaubt. [Diese Einschränkung] ist gerechtfertigt, weil sie verhindert, dass das Gericht eine neue Rechtswidrigkeitslage herbeiführt, die es selbst nicht beseitigen kann. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob der verbleibende VA über die in Zusammenhang mit der Nebenbestimmung stehenden rechtlichen Anforderungen hinaus in jeder Hinsicht rechtmäßig ist oder ein Anspruch auf seinen Erlass besteht."*

BVerwG, Beschluss vom 12.10.2022, Az. 8 AV 1/22.

Der 8. Senat hat seine frühere Auffassung, *„dass eine belastende Nebenbestimmung, die einem begünstigenden VA beigefügt wird, im Anfechtungsprozess nur dann isoliert aufgehoben werden darf, wenn der verbleibende VA für sich genommen rechtmäßig ist"*, aufgehoben.

Es ergeben sich also drei Konstellationen:

- Der Haupt-VA ist (auch) nach Aufheben der Nebenbestimmung rechtmäßig.

- Der Haupt-VA ist vor und nach Aufheben der Nebenbestimmung rechtswidrig. Diese Konstellation war Gegenstand der Klärung zwischen dem 4. und 8. Senat.
- Der Haupt VA war rechtmäßig und wurde durch Aufheben der Nebenbestimmung rechtswidrig. Diese Gruppe ist nicht umfasst. Auch nach der neuen Rechtsprechung soll keine „neue Rechtswidrigkeitslage [herbeigeführt werden], die [das Gericht] selbst nicht beseitigen kann." Eben das meint materielle Teilbarkeit. Es gibt auch Stimmen in der Literatur, die die Prüfung der Nebenbestimmung vollständig vom Haupt-VA separieren wollen. Die Behörde könne den dann rechtswidrigen VA nach § 48 VwVfG aufheben oder eine rechtmäßige Nebenbestimmung erlassen.

Prüfungsschema:

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

II. Statthafte Klageart

→ Abgrenzung Neben- und Inhaltsbestimmung

Frühere h. M.: Differenzierung nach Art der Nebenbestimmung (s.o.)

Neuere Rspr.: stets **Anfechtungsklage** statthaft

(P) Isolierte Aufhebbarkeit der Nebenbestimmung scheidet offenkundig von vornherein aus. → **Rspr**: Anfechtungsklage nicht statthaft.

…

(s. Anfechtungsklage)

B. Begründetheit

Die (Teil-)Anfechtungsklage ist begründet, soweit die Nebenbestimmung rechtswidrig, der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist und wenn der verbleibende VA sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

I. Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung
→ § 36 Abs. 1 bzw. 2 VwVfG, sofern keine Spezialregelung einschlägig ist.

II. Rechtsverletzung des Klägers

III. Materielle Teilbarkeit

→ ***BVerwG****: Der Rest-VA darf nicht durch die Aufhebung der Nebenbestimmung rechtswidrig werden (a. A. vertretbar)*

VIII. Aufhebung von Verwaltungsakten

Die Behörde, die einen VA erlassen hat, kann diesen VA gem. der §§ 48-51 VwVfG aufheben.[73]

1. Allgemeines

Soweit die Behörde einen **rechtswidrigen VA** aufheben will, richtet sich dies nach § 48 VwVfG (**Rücknahme**). Will die Behörde einen **rechtmäßigen VA** aufheben, richtet sich dies nach § 49 VwVfG (**Widerruf**).

Werden durch die Aufhebung des VA Begünstigungen entzogen, kann dies zu Interessenskonflikten führen. In diesem Fall befindet sich die Rücknahme in einem Widerstreit zwischen Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einerseits und Vertrauensschutz des Betroffenen andererseits. Für diesen Widerstreit trifft § 48 Abs. 2-4 VwVfG eine differenzierte Regelung.

Beim Widerruf geht es dagegen nicht um die Wiederherstellung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, weshalb für den Widerruf wesentlich strengere Anforderungen gelten, insb. wenn sie Begünstigungen entzieht (§ 49 Abs. 2 und 3 VwVfG).

Die Aufhebung des VA steht im Ermessen der Behörde. Die Regelungen der §§ 48, 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.

2. Rechtmäßiger/rechtswidriger Verwaltungsakt

Zu unterscheiden ist i.R.d. §§ 48 ff. VwVfG zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen VA.

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.[74]

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der Rechtmäßigkeit bzw. der Rechtswidrigkeit bei der Aufhebung von VAen gem. §§ 48, 49 VwVfG[75] ist der **Erlass des VA**. Ändert sich 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.[76] Hiervon gibt es zwei Ausnahmen:

---

[73] Siehe zu der Thematik im Ganzen z.B. *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, 10. Aufl. 2024, § 11 Rn. 1 ff.

[74] 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.

[75] Dies gilt nur i.R.d. 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, 74. Ed. 2025, § 113 Rn. 22; vgl. hierzu auch das Skript zum Verwaltungsprozessrecht.

[76] Siehe dazu *Detterbeck*, AllgVerwR, 21. Aufl. 2023, § 10 Rn. 680 ff.; *Müller*, in: BeckOK VwVfG, 68. Ed. 2025, § 48 Rn. 31 ff.

- Wirkt eine nach VA-Erlass erfolgte Rechtsänderung aus besonderen Gründen auf den Zeitpunkt des VA-Erlasses zurück kann dies dazu führen, dass ein rechtmäßig erlassener VA als von vornherein rechtswidrig anzusehen ist *(z.B. bei rückwirkender Aufhebung der Rechtsgrundlage)*. Wird die Rechtsgrundlage eines VA von einem Gericht für nichtig erklärt, so ist dies ein Feststellungs- und kein Gestaltungsurteil mit der Folge, dass die Rechtsnorm als *ex tunc* nichtig anzusehen, sodass darauf beruhende VA von vornherein rechtswidrig sind.

- Eine weitere Ausnahme bilden Fälle laufender behördlicher Geldleistungen.

Eine weitere Besonderheit betrifft sog. **Dauerverwaltungsakte**: 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**.

***Hinweis**: § 49 VwVfG bezieht sich eigentlich auf rechtmäßige VAe und statuiert enge Voraussetzungen für ihren Widerruf. Es ist aber anerkannt, dass i.S.e. Erst-Recht-Schlusses unter den Voraussetzungen des § 49 VwVfG (analog) rechtswidrige VAe widerrufen werden dürfen. Voraussetzung dieser analogen Anwendung ist dabei, dass auch ein Widerrufsgrund nach § 49 Abs. 2 VwVfG vorliegt.*[77]

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

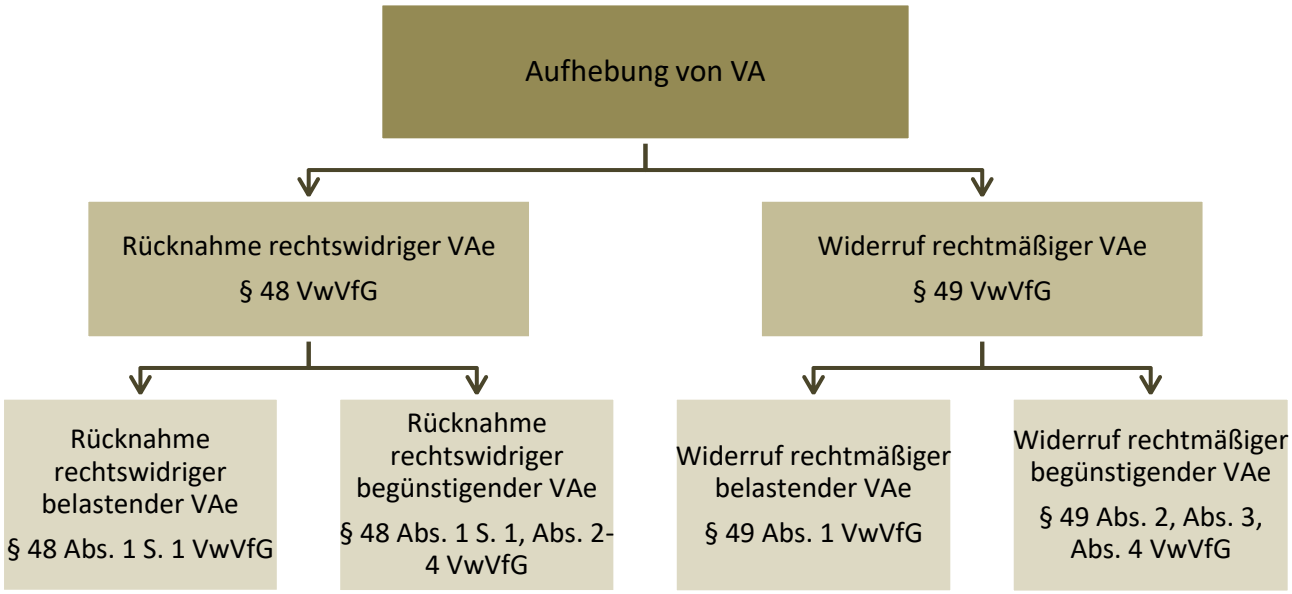
Beispiele für begünstigende VA: Subventionsbescheid, Sondernutzungserlaubnis, Gewerbeerlaubnis.

Beispiel für belastende VA: Kostenbescheid auf Zahlung von 1.000 EUR

Soweit ein begünstigender VA eine belastendende 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.

***Beispiel**: Ein Gebührenbescheid über 100 EUR wird aufgehoben und durch einen Gebührenbescheid über 200 EUR ersetzt. Für sich genommen stellt der ursprüngliche Gebührenbescheid einen belastenden VA dar. Aber seine nachteilige Änderung wirkt wie die Aufhebung eines begünstigenden VA, weil der ursprüngliche Bescheid implizit auch die Aussage enthält, dass keine darüberhinausgehende Leistungspflicht besteht. Die Aufhebung ist daher als Aufhebung eines begünstigenden VAs zu behandeln.*[78]

[77] BVerwGE 163, 102; NVwZ 2019, 1849; s. dazu Kurzwiedergabe *Eifert*, JURA 2019, 902.
[78] *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, 10. Aufl. 2024, § 11 Rn. 13.



4. Prüfungsschemata[79]

a) Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nach § 48 VwVfG

1. Ermächtigungsgrundlage
   - **belastende** VA: § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG
   - **begünstigende** VA: § 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2-4 VwVfG
2. Formelle Rechtmäßigkeit des Rücknahme-VA
3. Materielle Rechtmäßigkeit des Rücknahme-VA
   a) Tatbestandsvoraussetzungen der EGL
   aa) Rechtswidrigkeit des Ausgangs-VA
   (1) EGL des Ausgangs-VA
   (2) Formelle Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA
   (3) Materielle Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA
   (a) Tatbestandsvoraussetzungen der EGL
   (b) Hinreichende Bestimmtheit
   (c) Richtiger Adressat
   (d) Verhältnismäßigkeit/Ermessen
   bb) Belastende bzw. begünstigende Regelung des Ausgangs-VA
   bei begünstigender Regelung:

[79] Hierzu *Kruse,* ZJS 2017, 212 und die Fälle 10, 11 bei *Ernst*, Fälle zum AllgVerwR, 5. Aufl. 2025, S. 148 ff.

→ **kein schutzwürdiges Vertrauen des betroffenen Bürgers in den Bestand des Ausgangs-VA, § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG**

i. Tatsächliches Vertrauen auf den Bestand des VA, § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG?

ii. Schutzwürdigkeit des Vertrauens, weil ein Ausschlusstatbestand nach § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG vorliegt?

iii. Falls nicht: Schutzwürdigkeit des Vertrauens nach Maßgabe von § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG, weil der Betroffene Vermögensdispositionen getroffen hat (ein Verbrauch liegt nicht vor, wenn die gewährte Leistung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise noch vorhanden ist. Die Prüfung orientiert sich an den Maßstäben des § 818 Abs. 3 BGB[80])

iv. Falls nicht: Abwägung zwischen Vertrauensschutz und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Übrigen

→ **Jahresfrist, § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG[81]**

- *§ 48 Abs. 4 VwVfG ist eine Entscheidungs- und keine Bearbeitungsfrist, dh. die Frist beginnt erst dann zu laufen, wenn die Behörde alle maßgeblichen Tatsachen (z.B. hinsichtlich des Vertrauensschutzes) ermittelt hat*
- *§ 48 Abs. 4 VwVfG gilt nicht nur bei Kenntnis von Tatsachen, sondern erfasst auch Rechtsanwendungsfehler*
- *für die Kenntniserlangung kommt es nicht auf die Behörde als solche an, sondern auf den zuständigen Mitarbeiter[82]*

cc) Hinreichende Bestimmtheit des Rücknahme-VA

dd) Richtiger Adressat des Rücknahme-VA

a) Rechtsfolgen: Verhältnismäßigkeit/Ermessen hinsichtlich des Rücknahme-VA

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

Exkurs: Ausgleichsanspruch nach § 48 Abs. 3 VwVfG:
Ein Ausgleichsanspruch nach § 48 Abs. 3 S. 1 VwVfG steht dem Betroffenen zu, soweit sein Vertrauen auf den Bestand des VA schutzwürdig ist und keiner der in § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG genannten Ausschlussgründe vorliegt. Begrenzt ist der Ausgleichsanspruch auf das schutzwürdige Vertrauen des Betroffenen (§ 48 Abs. 3 S. 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 S. 3 VwVfG), d. h. der Betroffene darf nicht

[80] Siehe dazu vertiefend *Müller*, in: BeckOK VwVfG, 68. Ed. 2025, § 48 Rn. 63 f.
[81] *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, 10. Aufl. 2024, § 11 Rn. 40 ff.
[82] BVerwG, Urt. v. 25.5.2022, Az. 8 C 11/21, NVwZ 2022, 1912, Rn. 18.

besser stehen, als wenn der VA Bestand gehabt hätte. Die Festsetzung des Ausgleichs erfolgt durch VA auf Antrag des Betroffenen innerhalb der Jahresfrist.

b) 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 i.S.d. Art. 108 AEUV erkundigt, verhält sich **grob fahrlässig iSv § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 VwVfG**.
- Bei der Abwägung nach § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG wird dem öffentlichen Rücknahmeinteresse i.d.R. 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 S. 3 VwVfG tritt das vorrangige öffentliche Interesse an der Durchsetzung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsordnung hinzu.
- Die **Jahresfrist** des § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG beginnt frühestens mit der Bestandskraft des 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 S. 1 VwVfG vorgesehen **Ermessensentscheidung** über die Rücknahme ist i.S.e. Rücknahmepflicht **auf null reduziert**.
- Nach bestandskräftiger Entscheidung der Kommission ist der ansonsten zulässige Einwand des Subventionsempfängers auf **Wegfall der Bereicherung** (§ 49a Abs. 2 VwVfG iVm § 818 Abs. 3 BGB) **ausgeschlossen**.

c) Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte nach § 49 VwVfG

1. Ermächtigungsgrundlage
- · **belastende** VA: § 49 Abs. 1 VwVfG
- · **begünstigende** VA: § 49 Abs. 2 VwVfG

2. Formelle Rechtmäßigkeit des Widerrufs-VA

3. Materielle Rechtmäßigkeit des Widerrufs-VA

a) Tatbestandsvoraussetzungen der EGL

aa) Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA

(1) EGL des Ausgangs-VA

(2) Formelle Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA

(3) Materielle Rechtmäßigkeit des Ausgangs-VA

(a) Tatbestandsvoraussetzungen der EGL

(b) Hinreichende Bestimmtheit

(c) Richtiger Adressat

(d) Verhältnismäßigkeit/Ermessen

bb) Belastende bzw. begünstigende Regelung des Ausgangs-VA

bei begünstigender Regelung:

→ **Vorliegen einer der Widerrufsgründe des § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-5 VwVfG;** gewährt der VA eine einmalige oder laufende Geldleistung, findet vorrangig § 49 Abs. 3 VwVfG Anwendung[83]

***Beispiel**: Das Land MV hatte eine gewährte Zuwendung zur überbetrieblichen Ausbildung i.H.v. 31.500 EUR 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 S. 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.[84]*

→ **Jahresfrist, § 49 Abs. 2 S. 2 iVm § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG**

cc) Hinreichende Bestimmtheit des Rücknahme-VA

dd) Richtiger Adressat des Rücknahme-VA

ee) Verhältnismäßigkeit/Ermessen hinsichtlich des Rücknahme-VA

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

Nr. 1: Der Widerruf eines rechtmäßigen begünstigenden VA ist möglich, wenn er durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im VA vorbehalten ist. *Rechtsvorschrift* ist neben dem Gesetz insb. auch eine Rechtsverordnung oder Satzung.[85] Wenn der Widerruf bereits in einem Spezialgesetz (*z.B. § 15 Abs. 3 GastG*) vorgesehen ist, so findet auch nur dieses für den Widerruf Anwendung *(lex specialis derogat legi generali)*.

Der *Widerruf* muss in dem zu widerrufenden VA selbst zugelassen worden sein. Zudem müssen sachliche Gründe vorliegen, die mit dem Sinn und Zweck des Vorbehalts im Zusammenhang stehen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Beifügung des Vorbehalts selbst rechtmäßig war, sondern allein auf die Wirksamkeit des Vorbehalts, sofern er nicht nichtig ist.

***Beispiel:** 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.[86]*

[83] Siehe hierzu *Detterbeck*, AllgVerwR, 21. Aufl. 2023, § 10 Rn. 725 ff.
[84] BVerwG, Urt. v. 25.5.2022, Az. 8 C 11/21, NVwZ 2022, 1912.
[85] VGH München NVWZ-RR 2000, 815.
[86] BVerwG, Urt. v. 12.11.1986, Az. 8 C 33/84, NVwZ 1987, 498.

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.

***Beispiel**: 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.*[87]

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.

***Beispiel:** Eine Überwachungsorganisation nach der StVZO von Schleswig-Holstein betraute einen Prüfingenieur mit Fahrzeuguntersuchungen. Nach wiederholten mangelhaften Fahrzeugkontrollen wurde die Betrauung widerrufen. Im Zuge der auf die Klage des Prüfingenieurs 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.*[88]

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 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).

***Beispiel:** 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.*[89]

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.

---

[87] OVG Hamburg, Urteil v. 29.03.2000, Az. 5 Bf 50/96.

[88] BVerwG, Urt. v. 16.5.2019, Az. 3 C 19/17, NVwZ-RR 2020, 811.

[89] VG Düsseldorf, Urt. v. 27.2.2009, Az. 25 K 3021/09, BeckRS 2009, 32869.

Beispiel: *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.*[90]

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

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. Gem. § 49 Abs. 6 S. 2 VwVfG Entschädigungsansprüche zu.

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 eines anderen Rechtsgrundes, bspw. aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, erbracht wurden, können nicht nach § 49a Abs. 1 VwVfG zurückgefordert werden.[91]

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 S. 2 VwVfG.

IX. Rückforderung nach § 49a VwVfG

Soweit ein VA mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen worden ist, sind die bereits erbrachten Leistungen nach § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG zu erstatten.

Beispiel*: Dem G ist eine Subvention i.H.v. 20.000 EUR bewilligt worden, die dieser zweckwidrig verwendet hat. Die Behörde hat den Bewilligungsbescheid ermessenfehlerfrei nach § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 VwVfG mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen. G ist gem. § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG zur Rückzahlung der erhaltenen 20.000 EUR verpflichtet.*

Aufbauschema:

1. Ermächtigungsgrundlage, § 49 a VwVfG

[90] VG Berlin, Urteil v. 31.05.2017, Az. 26 K 144.16.
[91] BVerwG, Urteil v. 8.9.2005, Az. 3 C 50/04, NJW 2006, 536.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Tatbestandsvoraussetzungen der EGL

aa) Rücknahme oder Widerruf für die Vergangenheit oder Eintritt einer auflösenden Bedingung

bb) Leistung aufgrund des unwirksam gewordenen VA

b) Rechtsfolgen

– gebundene Entscheidung, kein Ermessen, § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG

– Rückforderung durch VA; § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG

– Umfang nach § 49a Abs. 2 VwVfG entsprechend § 818 BGB

– Verzinsung, § 49a Abs. 3 und 4 VwVfG

X. Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG[92]

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

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*.

Zu unterscheiden sind (1) die verfahrensrechtliche Entscheidung zum Wiederaufgreifen des Verfahrens zur Überwindung der Bestandskraft des ursprünglichen VA (des Erstbescheids) und (2) die erneute Entscheidung in der Sache selbst (Zweitbescheid).

a) Entscheidung über das Wiederaufgreifen

Ein Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 Abs. 1 VwVfG besteht, wenn ein Antrag des Bürgers auf Wiederaufgreifen zulässig und begründet ist.

[92] Vgl. hierzu ausführlich *Sasse*, JURA 2009, 493 ff.

Aufbauschema:

1. Zulässigkeit des Antrags auf Wiederaufgreifen

a) Antrag statthaft, wenn Erstbescheid unanfechtbar

b) Antragsbefugnis: Beschwer durch Erstbescheid

c) Schlüssige Darlegung eines Wiederaufgreifensgrundes

d) Unverschuldetes Hindernis

e) Antragsfrist: drei Monate ab Kenntnis vom Wiederaufgreifensgrund

2. Begründetheit des Antrags auf Wiederaufgreifen

Vorliegen eines Wiederaufgreifensgrundes nach § 51 Abs. 1 VwVfG

- Nr. 1: nachträgliche Änderung der Sach- oder Rechtslage zugunsten des Betroffenen
- Nr. 2: neue Beweismittel führen zu günstigerer Entscheidung
- Nr. 3: Wiederaufnahmegründe entsprechen § 580 ZPO

Ist der Antrag zulässig und begründet, ist die Behörde verpflichtet, eine neue Entscheidung in der Sache zu treffen (sog. Zweitbescheid).

2. Wiederaufgreifen im Ermessen der Behörde

§ 51 Abs. 5 VwVfG normiert, dass die Behörde einen bestandskräftigen VA jederzeit – i.R.d. Voraussetzungen gem. § 48 Abs. 1 S. 1 und § 49 Abs. 1 VwVfG – aufheben kann und über den Erlass eines neuen VA entscheiden darf (Wiederaufgreifen im weiteren Sinne).[93] 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 i.R.d. § 51 Abs. 5 VwVfG kann in dieser Konstellation auf null reduziert sein,[94] was von der Rechtsprechung nur in den folgenden Fällen angenommen wird:[95]

- 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.

***Beispiel**: Die Beteiligten streiten um die Verpflichtung der Beklagten zur rückwirkenden Neufestsetzung der Versorgungsbezüge der Klägerin ohne den sog. Versorgungsabschlag für Teilzeitbeschäftigte für den Zeitraum vom 17.*

[93] BVerwG, Urteil v. 22.10.2009, Az. 1 C 15/08, BVerwGE 135, 121.
[94] BVerwG, Urt. v. 7.7.2021, Az. 8 C 5/20, NVwZ-RR 2021, 1005 (1006).
[95] VG Karlsruhe, Urt. v. 2.2.2006, Az. 6 K 524/05, BeckRS 2006, 23961, Rn. 25.

Juni 2004 bis zum 30. Juni 2008; der Versorgungsabschlag für Teilzeitbeschäftigte ist im Juni 2008 für verfassungswidrig erklärt worden; zuvor hatte das BVerwG 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 BVerwG zurückzunehmen. Das Rücknahmeermessen ist dann zumindest in den Fällen der Antragstellung zugunsten des Ruhestandsbeamten auf Null reduziert." [96]

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 auch eine einvernehmliche Vereinbarung gem. § 54 S. 1 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.

***Beispiele**: Vertrag über die Gewährung einer Subvention; Vertrag über die Vorbereitung und Durchführung städtebaulicher Maßnahmen (§ 11 BauGB).*

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

Begriffsmerkmale:

- **Regelung**
- **Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts**
- **vertraglich**

Der Begriff der **Regelung** meint hier (wie auch i.R.d. Merkmale eines VA) die unmittelbare Herbeiführung von Rechtsfolgen. § 54 S. 1 VwVfG nennt beispielhaft die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses.

***Beispiele**: Erteilung einer Erlaubnis oder einer Genehmigung; Aufhebung einer Erlaubnis; Begründung von Zahlungsverpflichtungen; Feststellung einer streitigen Rechtslage*

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

[96] OVG Hamburg, Urt. v. 28.2.2013, Az. 1 Bf 10/12, BeckRS 2013, 48828.

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

Grundlagenbestimmung ist § 54 S. 1 VwVfG, der die Zulässigkeit des Vertrags als Handlungsform regelt. Damit ist allerdings nur der **Verwaltungsvertrag** und der Vertrag nur mit behördlicher Beteiligung gemeint (ergibt sich aus dem Zusammenhang mit den §§ 1 Abs. 1, 9 VwVfG). Öffentlich-rechtliche Verträge, die nicht unter die §§ 54 ff. VwVfG fallen, sind *z.B. völkerrechtliche Verträge Staatsverträge zwischen den Bundesländern (z.B. die Rundfunkstaatsverträge) oder Verträge auf dem Gebiet des Verfassungsrechts (z.B. Koalitionsvereinbarungen).*

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 insb. der sog. VA-Ersatzvertrag nach § 54 S. 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.

Die §§ 55 und 56 VwVfG regeln **Unterfälle** dieses subordinationsrechtlichen Vertrags, nämlich den **Vergleichsvertrag** und den **Austauschvertrag.**

I.R.e. **Austauschvertrags** verpflichtet sich die Gegenpartei ggü. der Behörde zu einer Gegenleistung, § 56 Abs. 1 VwVfG. Wird die Gegenleistung von der Behörde nicht angesprochen, aber von den Vertragsparteien vorausgesetzt kommt ein sog. **hinkender Austauschvertrag** in Betracht. Zum Schutz des Bürgers muss die Gegenleistung des Bürgers für einen bestimmten Zweck vereinbart sein, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, angemessen sein und in einem sachlichen Zusammenhang mit der Leistung der Behörde stehen (sog. **Koppelungsverbot**).

Die Vereinbarung einer nach Maßgabe von § 56 VwVfG unzulässigen Gegenleistung ist zugleich Nichtigkeitsgrund im Bereich des Verwaltungsvertrags (§ 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG).

***Beispiel**: Befreiung von Pflichten aus der Bauordnung (Baudispens) gegen Zahlung eines Geldbetrags. Wird z.B. bei der Befreiung von der Stellplatzpflicht nach § 48 BauO NRW der Geldbetrag für die Errichtung einer öffentlichen Parkgarage verwendet, ist ein sachlicher Zusammenhang i.S.d. § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG gegeben. Anders liegt es, wenn das Geld zur Finanzierung eines städtischen Schwimmbads verwendet wird.*

Der **Vergleichsvertrag** wird geschlossen, um durch gegenseitiges Nachgeben eine „bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit“ zu beseitigen, § 55 VwVfG.

Bei einem **koordinationsrechtlichen Vertrag** stehen sich die Vertragspartner gleichberechtigt gegenüber. Das ist i.d.R. der Fall zwischen zwei Hoheitsträgern, da sie 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.

***Beispiele**: Vertrag zwischen Gemeinde und Kreis zur Übertragung der Abfallbeseitigungspflicht; Gebietsänderungsverträge zwischen Gemeinden.*

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. Rechtmäßigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages

1. **Ermächtigungsgrundlage** grds. nicht erforderlich.

   aber ggf. **Handlungsformverbote** („entgegenstehende Vorschriften" i.S.d. § 54 S, 1 VwVfG), die der Behörde untersagen, bestimmte Fragen durch Vertrag zu regeln (bspw. § 2 Abs. 2 BBesG; § 3 Abs. 2 BeamtVG).

2. **Formelle Rechtmäßigkeit**

   - Zuständigkeit
   - Schriftform, § 57 VwVfG
   - Mitwirkung Dritter und anderer Behörden, § 58 VwVfG

3. **Materielle Rechtmäßigkeit**

- Spezielle gesetzliche Erfordernisse (bspw. im Baurecht, §§ 11 ff. BauGB); ergänzend §§ 54 ff. VwVfG
- Für Vergleichsverträge: § 55 VwVfG
- Für Austauschverträge: § 56 VwVfG
- Allgemeine Rechtmäßigkeitsanforderungen, insb. Bestimmtheitsgrundsatz
- Ggf. Ermessen

V. Wirksamkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags:

Werden Ansprüche aus einem bereits geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrag geltend gemacht, kommt es allein auf die Wirksamkeit an.

1. Einigung, § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. §§ 145 ff. BGB
2. Schriftform, § 57 VwVfG
3. Beteiligung Dritter, § 58 VwVfG
4. Keine Nichtigkeitsgründe, § 59 VwVfG

1. Einigung

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.

2. Schriftform

Nach § 57 VwVfG unterliegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag der Schriftform (ggf. ist eine strengere Form vorgeschrieben etwa bei notariellen Beurkundungen von Grundstücksgeschäften, § 62 S. 2 VwVfG, § 311 BGB).

Ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis führt nach § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 125 S. 1 BGB zur Nichtigkeit des Vertrags.

3. Beteiligung Dritter oder anderer Behörden

Gemäß § 58 Abs. 1 VwVfG wird ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, erst wirksam, wenn der Dritte **schriftlich zustimmt**. Rechte Dritter können sich aus einfach-gesetzlichen Vorschriften oder aus Grundrechten ergeben.

***Beispiel**: Die Baubehörde und der Bauherr schließen einen öffentlich-rechtlichen Vertrag über die Erteilung einer Baugenehmigung unter Abweichung von nachbarschützenden Vorschriften. Der Vertrag wird nach § 58 Abs. 1 VwVfG erst wirksam, wenn der Nachbar zustimmt. Voraussetzung ist allerdings, dass die Rechtsposition des Dritten*

unmittelbar durch den Vertrag oder durch dessen Umsetzung zu seinem Nachteil verändert wird. Bloße faktischen Nachteile oder tatsächliche Beeinträchtigungen reichen nicht aus.[97]

Gem. § 58 Abs. 2 VwVfG wird ein Vertrag, der anstelle eines VA geschlossen wird, bei dessen Erlass nach einer Rechtsvorschrift die Genehmigung, die Zustimmung oder das Einvernehmen einer anderen Behörde erforderlich ist, erst wirksam, nachdem die andere Behörde in der vorgeschriebenen Form mitgewirkt hat.

4. Nichtigkeitsgründe[98]

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 (Nr. 1).

***Beispiel**: 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.*[99]

- wenn durch die Vertragsparteien wissentlich ein Gesetzesverstoß vereinbart wird, also den Beteiligten die materielle Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt ist (Nr. 2). Dagegen ist fahrlässige Unkenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit nicht ausreichend.

***Beispiel**: 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.*[100]

- 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 (Nr. 3).

- wenn sich die Behörde i.R.e. Austauschvertrags eine nach § 56 VwVfG unzulässige Gegenleistung versprechen lässt (Nr. 4). Dies ist der Fall, wenn die Gegenleistung nicht ausdrücklich zur

[97] OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2016, 325; OVG Hamburg NJOZ 2016, 154.
[98] Siehe dazu Fall 22, in: *Böhm/Gaitanides*, Fälle zum AllgVerwR, 4. Aufl. 2007, S. 206 ff.
[99] BVerwG, Urt. v. 20.3.2003, Az. 2 C 23/02, NVwZ-RR 2003, 874.
[100] VG Cottbus, Urt. v. 27.7.2016, Az. 1 K 937/14.

Erfüllung öffentlicher Aufgaben vereinbart worden ist, nicht im Sachzusammenhang mit der behördlichen Leistung steht oder die Gegenleistung den gesamten Umständen nach nicht angemessen ist (insb. der Höhe nach). Eine besondere Einschränkung gilt für die Fälle, in denen der 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.

***Beispiel**: Eine Gemeinde hatte die Änderung des Bebauungsplanes unzulässigerweise von der Zahlung eines Geldbetrages des Eigentümers für die Unterhaltung städtischer Kindergartenplätze abhängig gemacht.*[101]

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 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.

c) Rechtsfolgen der Nichtigkeit

Der nichtige Vertrag entfaltet keine Rechtswirkungen, aus ihm können keine Ansprüche hergeleitet werden. Betrifft die Nichtigkeit nur einen Teil des Vertrages, ist der Vertrag als insgesamt unwirksam anzusehen, es sei denn, es ist anzunehmen, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre (vgl. § 59 Abs. 3 VwVfG).

***Hinweis**: Ist aufgrund des nichtigen Vertrags eine Leistung erbracht worden, kann die Leistung nach den Grundsätzen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs zurückgefordert werden.*

[101] BVerwG, Urt. v. 16.5.2000, Az. 4 C 4/99, BVerwGE 111, 162.

VI. Leistungsstörung beim öffentlich-rechtlichen Vertrag

Bei Leistungsstörungen richten sich die Rechtsfolgen gem. § 62 S. 2 VwVfG nach den Vorschriften des BGB *(z.B. §§ 280 ff., §§ 323 ff. BGB)*.

§ 60 VwVfG regelt den Wegfall der Geschäftsgrundlage. In dem Fall ist der Vertrag anzupassen. Soweit dies nicht möglich oder unzumutbar ist, kann der Vertrag gekündigt werden.

VII. 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 S. 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 i.R.d. 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**.[102] 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 NRW (**VwVG NRW**)
- Polizeigesetz des Landes NRW (**PolG NRW**)

[102]Zu dieser Einordnung als Sekundärebene *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 11 Rn. 1.

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 PolG NRW enthält in den §§ 50 ff. PolG NRW 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 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).

VG Düsseldorf, Urteil v. 10.7.2015, Az. 17 K 7838/13, BeckRS 2015, 53394.

Ein Gewerbe für Abfallentsorgung (Metall und Schrott) 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 i.R.d. gestreckten Verfahrens nach § 55 Abs. 1 VwVG NRW möglich, da mit der Unterlassungsverfügung ein bestandskräftiger VA vorlag.

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.

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

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) innerhalb von acht Tagen zu bestatten sind und dies aufgrund der Weigerung der Angehörigen nicht mehr zu erwarten war.

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)

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

- Zwangsgeld (§ 60 VwVG NRW)

Vgl. Fall zur gewerbsmäßigen Abfallentsorgung; da der Gewerbetreibende trotz fehlender Lizenz weiterhin Elektro-Abfälle 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.

- Unmittelbarer Zwang (§ 62 VwVG NRW)

VG Neustadt an der Weinstraße, Urteil v. 18.11.2022, Az. 2 K 1013/21.NW, BeckRS 2022, 34999.

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.

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

OVG NRW, Beschluss v. 11.5.2000, Az. 10 B 306/00, BeckRS 2000, 22009.

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*."

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

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

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

I.R.d. 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 bspw. der Fall, wenn die Rechtmäßigkeit des Verwaltungszwanges im gestreckten Verfahren an einer besonderen Vollstreckungsvoraussetzung (z.B. der Androhung) scheitert.*[103] *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).

Schema:

I. Ermächtigungsgrundlage
II. Formelle Rechtmäßigkeit
III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

a) Gestrecktes Verfahren, § 55 Abs. 1 VwVG NRW

[103] OVG NRW, Urteil v. 30.7.1998, Az. 20 A 5664/96.

(1) VA, der auf ein Handeln, Dulden oder Unterlassen gerichtet ist

(2) Bestandskraft oder sofortige Vollziehbarkeit

b) Sofortvollzug, § 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 Sofortvollzugs

2. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen

a) Taugliches Zwangsmittel, § 57 VwVG NRW

- Ersatzvornahme, § 59 VwVG NRW
- Zwangsgeld, § 60 VwVG NRW
- Unmittelbarer Zwang, § 62 VwVG NRW

b) Androhung, § 63 VwVG NRW, sofern nicht entbehrlich

c) Festsetzung, § 64 VwVG NRW, sofern nicht entbehrlich

d) Ordnungsgemäße Anwendung